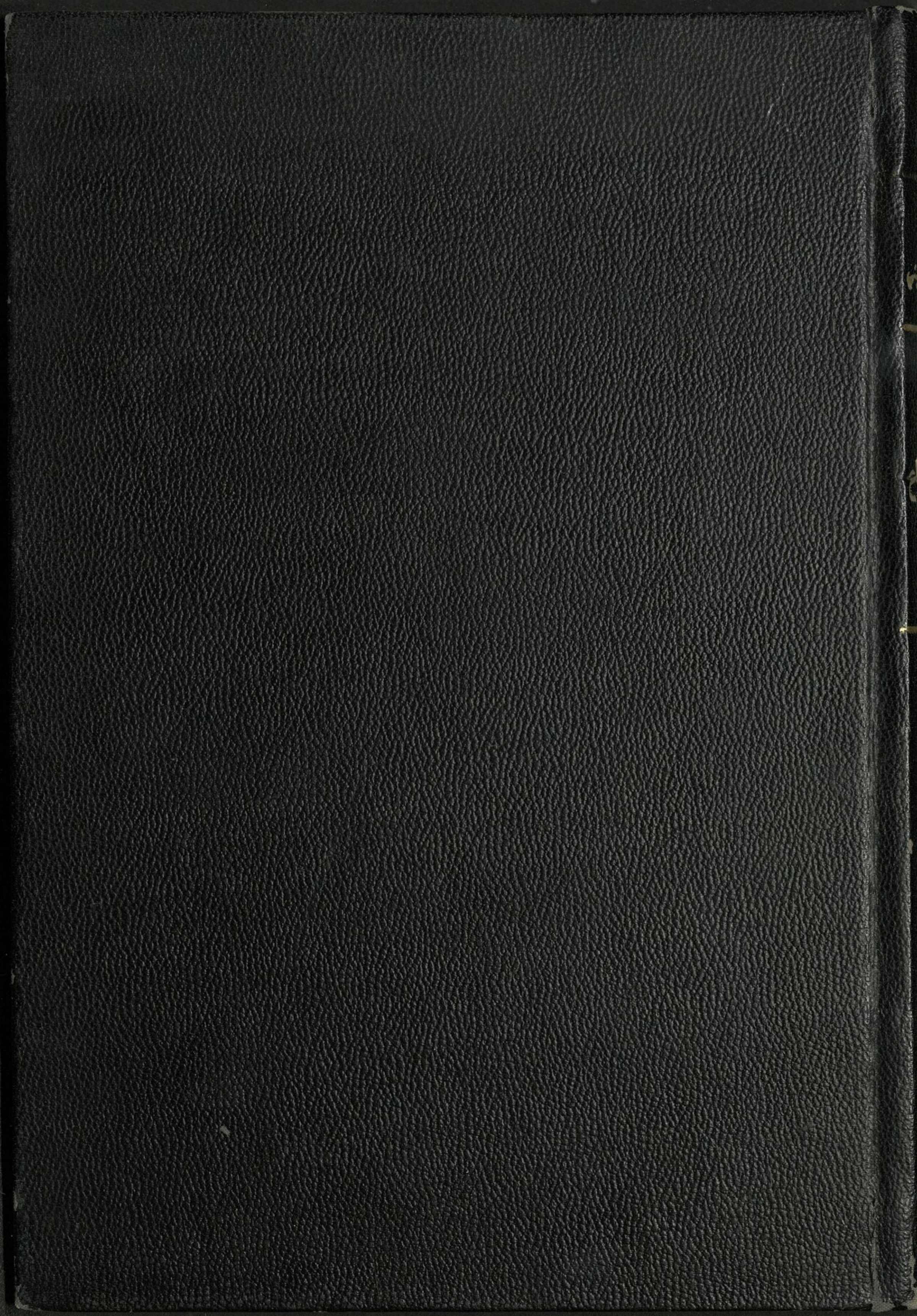
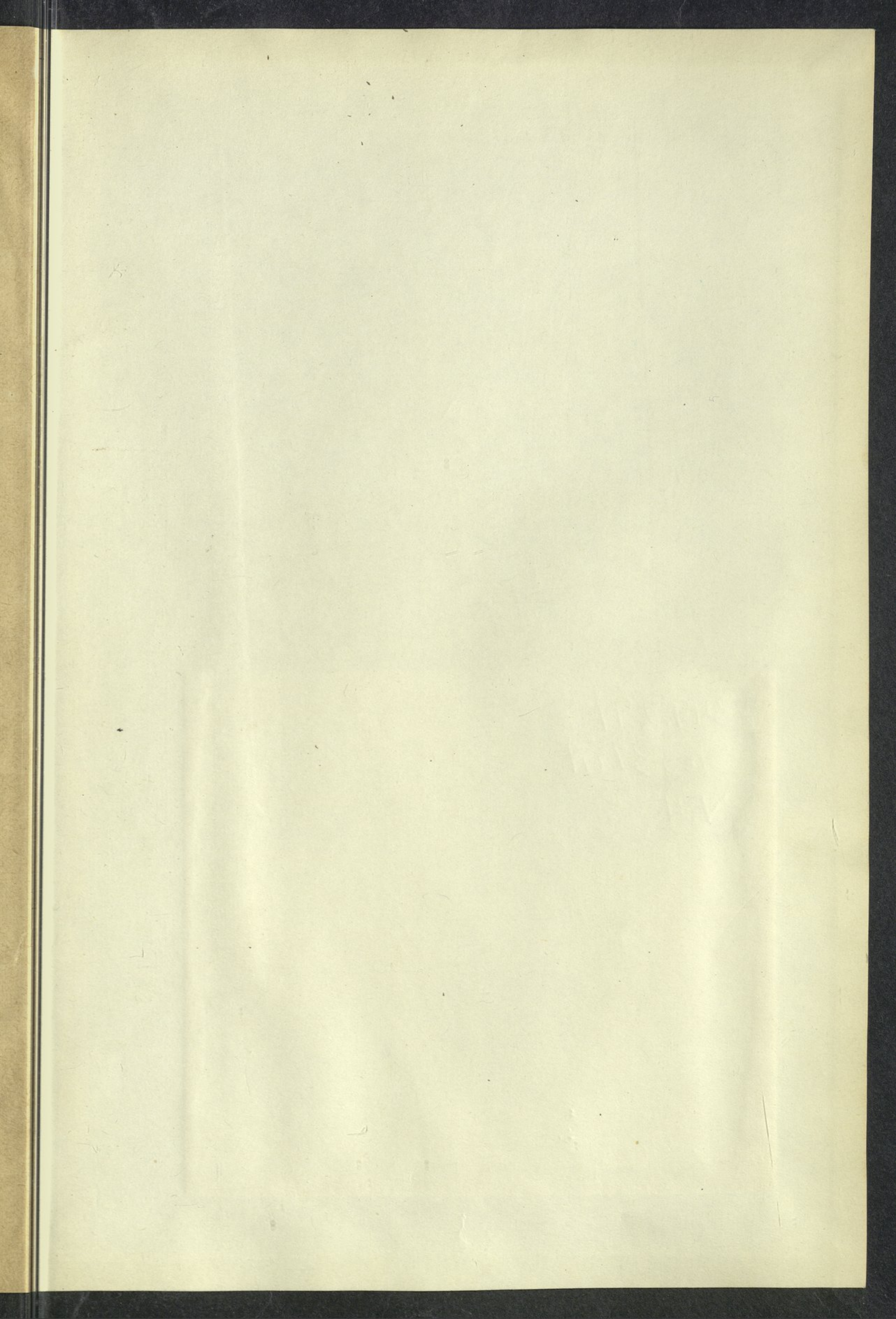






الإقناع

فى حل ألفاظ أبى شجاع

تأليف

شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى القاهرى الخطيب الشافعى
أحد علماء القرن العاشر الهجرى

وهو شرح على المختصر المسمى «غاية الاختصار» فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى
تأليف العلامة أبى شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني الشافعى
المولود فى سنة ٥٣٣ — والمتوفى فى سنة ٥٩٣ من الهجرة

بتحقيق

محمد محيى الدين عبد الحميد

عفا الله عنه !

الجزء الرابع

عنى بطبعه ونشره
محمود توفيق
صاحب مكتبة الحسين التجارية بشارع جوهر القائد بمصر
تليفون ٥٥٦٤٧

الطبعة الأولى : { محرم الحرام ١٣٦٩ هـ
نوفمبر ١٩٤٩ م }

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلاته وسلامه على سيد المرسلين ،
وعلى آله وصحابته أجمعين ، والعاقبة للمتقين ،
ولا عدوان إلا على الظالمين .

كِتَابُ الْفَرَائِضِ وَالْوَصَايَا

(كتاب) أحكام (الفرائض والوصايا)

الفرائض : جمع فريضة بمعنى مفروضة ، أى مقدَّرة ، لما فيها من السِّهام المقدَّرة ، فغلبت على غيرها .

والفرض لغة : التقدير ، قال الله تعالى « فنصف ما فرضتم » أى قدَّرتم ، وشرعا : نصيبٌ مقدر شرعا للوارث .

والأصل فيها قبل الإجماع آيات المواريث ، والأخبار ، كخبر الصحيحين « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقى فَلِأَوْلَى رجل ذكر » .

فإن قيل : فما فائدة ذكرٍ بعد رجل ؟

أجيب : بأنه للتأكيد ، لئلا يتوهم أنه مقابل الصبى ، بل المراد أنه مقابل الأنثى .

فان قيل : لو اقتصر على ذكر كفى ، فما فائدة ذكر رجل معه ؟

أجيب : بأن لايتوهم أنه عام مخصوص .

وكان فى الجاهلية مواريث يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار ، وكان فى ابتداء الإسلام بالحلف والنُّصْرة ، ثم نسخ ، فتوارثوا بالإسلام والهجرة ، ثم نسخ فكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين ، ثم نسخ بآيتى المواريث ، فلما نزلتا قال صلى الله عليه وسلم « إن الله أعطى كل ذى حق حقه ، ألا لا وَصيَّةَ لوارث » .

واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها ، منها : « تعلموا الفرائض وعلموه — أى علم الفرائض — الناسَ ، فإنى امرؤ مقبوض ، وإن هذا العلم سيقبض ، وتظهر الفتن ، حتى يختلف اثنان فى الفريضة فلا يجدان مَنْ يقضى فيها » . ومنها : « تعلموا

وَالْوَارِثُونَ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ الِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ وَالْأَبُ وَالْجَدُّ وَإِنْ عَلَا وَالْأَخُ وَابْنُ الْأَخِ وَإِنْ تَرَاخَى وَالْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ وَإِنْ تَبَاعَدَا

الفرائض ، فإنه من دينكم ، وإنه نصف العلم ، وإنه أول علم ينزع من أمتى » وإنما سمى نصف العلم لأن للانسان حالتين : حالة حياة ، وحالة موت ، ولكل منهما أحكام تخصه ، وقيل : النصف بمعنى الصنف ، قال الشاعر :

إذا مت كان الناس نصفان شامتٌ ... وآخر مُثنٍ بالذى كنت أصنع

واعلم أن الإرث يتوقف على ثلاثة أمور : وجود أسبابه ، ووجود شروطه ، وانتفاء موانعه .

فأما أسبابه فأربعة : قرابة ، ونكاح ، وولاء ، وجهة الإسلام .

وشروطه أيضاً أربعة : تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى حكما كما فى حكم القاضى بموت المفقود اجتهاداً ، وتحقق حياة الوارث بعد موت مورثه ولو بلحظة ، ومعرفة إدلائه للميت بقرابة أو نكاح أو ولاء ، والجهة المقتضية للارث تفصيلا .

والموانع أيضاً أربعة كما قال ابن الهائم فى شرح كفايته : الرق ، والقتل ، واختلاف الدين ، والدَّوْرُ الحكمى ، وهو : أن يلزم من توريث شخص عدم توريثه كأخ أقرَّ بابن للميت ، فيثبت نسب الابن ولا يرث .

(والوارثون من) جنس (الرجال) ليدخل فيه الصغير (عشرة) بطريق الاختصار منهم اثنان من أسفل النسب ، وهما (الابن وابن الابن و إن سفَلَ) بفتح الفاء على الأفصح : أى نزل ، واثنان من أعلاه (و) هما (الأب ، والجد) أبو الأب (و إن علا) وأربعة من الحواشى (و) هم (الأخ) لأبوين أو من أحدهما (وابنه) أى ابن الأخ للأبوين أو لأب فقط ، ليخرج ابن الأخ للام فلا يرث لأنه من ذوى الأرحام (وإن تراخيا) أى و إن سفل الأخ المذكور وابنه (والعم) لأبوين أو لأب فقط ، ليخرج العم للأم فلا يرث لأنه من ذوى الأرحام (وابنه) أى العم المذكور (و إن تباعدا) أى أى العم المذكور وابنه ، والمعنى أنه لا فرق فى العم بين القريب كعم الميت و البعيد

وَٱلزَّوْجُ وَٱلْمَوْلَى الْمُعْتِقُ ، وَٱلْوَارِثَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ سَبْعٌ ٱلْبِنْتُ وَبِنْتُ ٱلِابْنِ وَٱلْأُمُّ وَٱلْجَدَّةُ وَٱلْأُخْتُ وَٱلزَّوْجَةُ وَٱلْمَوْلَاةُ ٱلْمُعْتِقَةُ

كعم أبيه وعم جده إلى حيث ينتهى ، وكذلك ابنه ، واثنان بغير النسب (و) هما (الزوج) ولو فى عِدَّةٍ رجعية (والمولى) ويطلق على نحو عشرين معنى المراد منها هنا السيد (المعتِق) بكسر التاء ، والمراد به مَنْ صدر منه الإعتاق أو ورث به ، فلا يرد على الحصر فى العشرة عصبة المعتق ومعتق المعتق

وطريق البسط هنا أن يقال : الوارثون من الذكور خمسة عشر : الأب ، وأبوه وإن علا ، والابن ، وابنه وإن سفل ، والأخ الشقيق ، والأخ للاب ، والأخ للام ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ للاب ، والعم لأبوين ، والعم لأب ، وابن العم لأبوين ، وابن العم لأب ، والزوج ، والمعتق .

(والوارثات من) جنس (النساء) ليدخل فيهن الصغيرة (سبع) بتقديم السين على الموحدة بطريق الاختصار ، منهن اثنتان من أسفل النسب ، وهما (البنت ، وبنت الابن) وفى بعض النسخ « وإن سفلت » وهى فى بعض نسخ المحرر أيضاً ، وصوابه « وإن سفل » بحذف المثناة إذ الفاعل ضمير يعود على المضاف إليه ، أى : وإن سفل الابن ، فإن بنته ترث ، وإثبات المثناة يؤدى إلى دخول بنت بنت الابن فى الإرث ، وهو خطأ فتأمله ، وثنتان من أعلى النسب (و) هما (الأم ، والجدة) المدلية بوارث كأم الأب وأم الأم (وإن علت) فخرج بالمدلية بوارث أمُّ أبى الأم فلا ترث (و) واحدة من الحواشى ، وهى (الأخت) لأبوين أومن أحدهما (و) اثنتان بغير النسب ، وهما (الزوجة) ولو فى عِدَّةٍ رجعية (و) السيدة (المعتِقة) بكسر التاء المثناة ، وهى مَنْ صدر منها العتق أو ورثت به كما مر .

تنبيه — الأفصح أن يقال فى المرأة « زوج » والزوجة لغة مرجوحة ، قال النووى : واستعمالها فى باب الفرائض متعين ، ليحصل الفرق بين الزوجين اه ، والشافعى رضى الله تعالى عنه يستعمل فى عبارته المرأة ، وهو حسن .

. . . .

وطريق البسط هنا أن يقال : الوارثات من النساء عشرة : الأم ، والجدة للأب ، والجدة للأم ، وإن علتا ، والبنت ، وبنت الابن وإن سَفَلَ ، والأخت الشقيقة ، والأخت للأب ، والأخت للأم ، والزوجة ، والمعتقة .

فلو اجتمع كل الذكور فقط — ولا يكون إلا والميت أنثى — ورث منهم ثلاثة : الأب ، والابن ، والزوج فقط ، لأنهم لا يُحْجَبُون ، ومن بقى محجوب بالإجماع ، فابن الابن بالابن ، والجد بالأب ، وتصح مسألتهم من اثنى عشر ، لأن فيها ربعاً وسدساً ، للزوج الربع ، وللأب السدس ، وللابن الباقى .

أو اجتمع كل الإناث فقط ـ ولا يكون إلا والميت ذكر ـ فالوارثات منهن خمس ، وهن : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والأخت لأبوين ، والزوجة ، والباقى من الإناث محجوب : الجدة بالأم ، والأخت للأم بالبنت ، وكل من الأخت للأب والمعتقة بالشقيقة لكونها مع البنت وبنت الابن عصبة تأخذ الفاضل عن الفروض ، وتصح مسألتهن من أربعة وعشرين ، لأن فيها سدساً وثمناً ، للأم السدس ، وللزوجة الثمن ، وللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وللأخت الباقى وهو سهم .

أو اجتمع الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين الذكور والإناث ، بأن اجتمع كل الذكور وكل الإناث إلا الزوجة فانها الميتة ، أو كل الإناث والذكور إلا الزوج فانه الميت ، ورث منهم فى المسألتين الابن والأبوان والبنت ، وأحد الزوجين ، وهو الزوج حيث الميت الزوجة ، وهى حيث الميت الزوج ، لحجبهم مَنْ عداهم ، فالأولى من اثنى عشر : للأبوين السدسان أربعة ، وللزوج الربع ثلاثة ، والباقى وهو خمسة بين الابن والبنت أثلاثاً ، ولا ثلث له صحيح فتضرب ثلاثة فى اثنى عشر تبلغ ستة وثلاثين ومنها تصح ، والثانية أصلها أربعة وعشرون : للزوجة الثمن ، وللأبوين السدسان ، والباقى وهو ثلاثة عشر بين الابن والبنت أثلاثاً ، ولا ثلث له صحيح ، فتضرب ثلاثة فى أربعة وعشرين تبلغ اثنين وسبعين ، ومنها تصح .

وَمَنْ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ .

ضابط - كلّ من انفرد من الذكور حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأم ، ومن قال بالرد لا يستثنى إلا الزوج ، وكل من انفرد من الإناث لا يحوز جميع المال إلا المعتقة ومن قال بالرد لا يستثنى من حَوْز جميع المال إلا الزوجة .

تنبيه - قد عُلم من كلام المصنف كغيره أن ذوى الأرحام لا يرثون، وهم كل قريب ليس بذى فرض ولا عصبة ، وهم أحد عشر صنفاً : جد وجدة ساقطان كأبى أم وأم أبى أم وإن عليا ، وهذان صنف واحد ، وأولاد بنات لصُلْب أو لابن من ذكور وإناث ، وبنات إخوة لأبوين أو لأب ، أو لأم ، وأولاد أخوات كذلك ، وبنو إخوة لأم ، وعم لأم أى أخو الأب لأمه ، وبنات أعمام لأبوين ، أو لأب ، أو لأم ، وعمات بالرفع ، وأخوال ، وخالات ، ومُدْلون بهم : أى بما عدا الأول إذا لم يبق فى الأول مَنْ يُدْلى به ، ومحل هذا إذا استقام بيت المال ، فان لم يستقم أمر بيت المال ولم يكن عصبة ولا ذو فرض مستغرق ورث ذوو الأرحام كما صححه فى الزوائد .

وفى كيفية توريثهم مذهبان : أحدهما - وهو الأصح - مذهب أهل التنزيل ، وهو أن ينزل كل منهم منزلة من يدلى به ، والثانى مذهب أهل القرابة ، وهو تقديم الأقرب منهم إلى الميت ، ففى بنت بنت و بنت بنت ابنٍ المالُ على الأول بينهما أرباعا ، وعلى الثانى لبنت البنت لقربها إلى الميت ، وقد بسطتُ الكلام على ذلك فى غير هذا الكتاب .

هذا كله إذا وُجد أحد من ذوى الأرحام ، وإلا فحكمه كما قاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه إذا جارت الملوكُ فى مال المَصَالح فظفر به أحد يعْرِف المصارف أخذه وصرفه فيها كما يصرفه الإمام العادل ، وهو مأجور على ذلك ، قال : والظاهر وجوبه .

ثم شرع فيمن يُحْجَب ومن لا يحجب بقوله : (ومَنْ) أى والذى (لا يسقط بحال) أى الذى لا يُحْجَب حَجْبَ حِرْمان ، والحجب فى اللغة : هو المنع ، وشرعاً : منع مَنْ قام

خَمْسَةٌ اَلزَّوْجَانِ وَالْأَبَوَانِ وَوَلَدُ الصُّلْبِ ، وَمَنْ لَا يَرِثُ بِحَالٍ سَبْعَةٌ اَلْعَبْدُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبُ

به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه، ويسمى الأول حجب حرمان ، والثانى حجب نقصان ، فالثانى كحجب الولد الزوجَ من النصف إلى الربع ، ويمكن دخوله على جميع الورثة ، والأول قسمان : حجبٌ بالوَصْف ويسمى منعا ، كالقتل والرق وسيأتى ، ويمكن دخوله على جميع الورثة أيضا ، وحَجْب بالشخص أو الاستغراق ، وهو المراد هنا كما يؤخذ من قول المصنف « ومَنْ لا يسقط بحال » (خمسة) وهم : (الزوجان، والأبوان ، وولد الصُّلْب) ذكراً كان أو أنثى ، وهذا إجماع ، لأن كلا منهم يُدْلى إلى الميت بنفسه بنسب أو نكاح ، وليس فرعا لغيره ، والأصل مقدم على الفرع ،فخرج بقولنا « وليس فرعا لغيره » المعتقُ ذكرا كان أو أنثى ، فانه وإن أدلى إلى الميت بنفسه يُحْجَبُ لأنه فرع لغيره وهو النسب ، وهذا أولى من قول بعضهم: وضابط من لايدخل عليه الحجب بالشخص حجب حرمان كل من أدلى إلى الميت بنفسه إلا المعتق والمعتقة .

ثم شرع فى الحجب بالوصف بقوله (ومَنْ) أى والذى (لا يرث بحال) أى مطلقا (سبعة) بل أكثر كما ستعرفه .

الأول : (العبْدُ) قال ابن حزم : وهو يشمل الذكر والأنثى ، وقال فى المحكم : العبد هو المملوك ذكرا كان أو أنثى.

(و) الثانى : الرقيق (المدبر، و) الثالث : (أم الولد ، و) الرابع: الرقيق (المكاتب) لنقصهم بالرق ، وكان الأخصر للمصنف أن يقول أربعة بدل سبعة ، ويعبر عن هؤلاء بالرق إلى آخر كلامه .

تنبيه ـ إطلاقه مشعر بأنه لا فرق بين كامل الرق وغيره ، وهو كذلك ، إذ الصحيح أن المبعَّضَ لا يرث بقدر ما فيه من الحرية ، لأنه ناقص بالرق فى النكاح والطلاق والولاية ، فلم يرث كالقِن ، ولا يورث الرقيق كله ، وأما المبعض فيورث عنه

وَالْقَاتِلُ وَالْمُرْتَدُّ وَأَهْلُ مِلَّتَيْنِ

ماملكه ببعضه الحر ، لأنه تام الملك عليه ، فيرثه عنه قريبه الحر أو معتق بعضه وزوجته ، ولا شيء لسيده لاستيفائه حقه مما اكتسبه بالرقية .

واستثنى من كون الرقيق لا يورث كافر له أمان وَجَبَتْ له جناية حالَ حريته وأمانه ثم نقض الأمان فسبى واسترق وحصل الموت بالسراية فى حال رقه ، فان قدر الأرش من قيمته لورثته على الأصح ، قال الزركشى : وليس لنا رقيق كله يورث إلا هذا .

(و) الخامس : (القاتل) فلا يرث القاتل من مقتوله مطلقا ، لخبر الترمذى وغيره : « ليس للقاتل شيء » أى من الميراث ، ولأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه ، ولأن القتل قطع الموالاة وهى سبب الإرث ، وسواء أكان القتل عمدا أم غيره ، مضمونا أم لا ، بمباشرة أم لا ، قصد مصلحته كضرب الأب أو الزوج أو المعلم أم لا ، مكرها أم لا ، فكل ذلك تناوله إطلاقه .

(و) السادس : (المرتد) ونحوه كيهودى تنصر ، فلا يرث أحدا ، إذ ليس بينه وبين أحد موالاة فى الدين ، لأنه ترك دينا كان يقَر عليه ، ولا يقر على دينه الذى انتقل إليه وظاهر كلامهم أنه لا يرث ولو عاد بعده إلى الإسلام بعد موت مورثه ، وهو كذلك كما حكى الإجماع عليه الأستاذ أبو منصور البغدادى ، وما وقع لابن الرفعة فى المطلب من تقييده بما إذا مات مرتدا وأنه إذا أسلم تبين إرثه غَلَّطه فى ذلك صاحبه السبكى فى الابتهاج ، وقال : إنه فيه خارق للاجماع .

تنبيه — تناول إطلاقُ المصنف المعلنَ وغيره ، وهو كذلك ، وكما لا يرث المرتد لا يورث ، لما مر ، لكن لو قطع شخص طرف مسلم فارتد المقطوع ومات سراية وجب قَوَدُ الطرف ، ويستوفيه من كان وارثه لولا الردة ، ومثله حد القذف .

(و) السابع : (أهل ملتين) مختلفتين كملتى الإسلام والكفر ، فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، لانقطاع الموالاة بينهما ، وانعقد الإجماع على أن الكافر

. . . .

لا يرث المسلم ، واختلفوا فى توريث المسلم منه ، فالجمهور على المنع .

فان قيل : يرد على ما ذكر ما لو مات كافر عن زوجة كافرة حامل ، ووقف الميراث فأسلمت ثم ولدت ، فان الولد يرث منه مع حكمنا باسلامه باسلام أمه .

أجيب بأنه كان محكوما بكفره يوم موت أبيه ، وقد ورث مذ كان حملا ، ولهذا قال الكتنانى من محققى المتأخرين : إن لنا جمادا يملك وهو النطفة ، واستحسنه السبكى ، قال الدميرى : وفيه نظر ، إذ الجماد ما ليس بحيوان ، ولا كان حيوانا ، يعنى ولا أصل حيوان .

وخرج بملتى الإسلام والكفر ملتا الكفر إذا كان لهما عهد فيتوارثان كيهودى من نصرانى ونصرانى من مجوسى ومجوسى من وثنى ، وبالعكوس ، لأن جميع ملل الكفر فى البطلان كالملة الواحدة ، قال تعالى « فماذا بعد الحق إلا الضلال » .

فان قيل : كيف يتصور إرث اليهودى من النصرانى وعكسه فان الأصح أن من انتقل من ملة إلى ملة لا يقر .

أجيب بتصور ذلك فى الولاء والنكاح وفى النسب أيضا فيما إذا كان أحد أبويه يهوديا والآخر نصرانيا إما بنكاح أو وطء شبهة فانه يتخير بعد بلوغه كما قاله الرافعى قبيل نكاح المشرك ، حتى لو كان له ولدان واختار أحدهما اليهودية والآخر النصرانية جعل التوارث بينهما بالأبوة والأمومة والأخوة مع اختلاف الدين ، أما الحربى وغيره كذمى ومعاهد فلا توارث بين الحربى وغيره لانقطاع الموالاة بينهما .

والثامن : إبهام وقت الموت ، فلو مات متوارثان بغرق أو حرق أو هدم أو فى بلاد غربة معا وجهل أسبقهما أو علم سبق وجهل لم يرث أحدهما من الآخر شيئا ، لأن من شرط الإرث كما مر تحقق حياة الوارث بعد موت المورث ، وهو هنا منتف .

والجهل بالسبق صادق بأن يعلم أصل السبق ولا يعلم عين السابق ، وبأن لا يعلم سبق

وَأَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ الِابْنُ ثُمَّ ابْنُهُ

أصلا ، وصُوَر المسألة خمس : العلم بالمعية ، العلم بالسبق وعين السابق ، الجهل بالمعية والسبق ، الجهل بعين السابق مع العلم بالسبق ، التباس السابق بعد معرفة عينه ، ففى الصورة الأخيرة يوقف الميراث إلى البيان أو الصلح ، وفى الصورة الثانية تُقَسَّم التركة ، وفى الثلاثة الباقية تركة كل من الميتين بغرق ونحوه لباقى ورثته ، لأن الله تعالى إنما ورث الأحياء من الأموات ، وهنا لم تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرث كالجنين إذا خرج ميتا .

والتاسع : الدَّوْرُ الحكمى ، وقد مر مثاله .

والعاشر : اللعان ، فانه يقطع التوارث ، ذكره الغزالى .

وقال ابن الهائم فى شرح كفايته : الموانع الحقيقية أربعة : القتل ، والرق ، واختلاف الدين ، والدور الحكمى ، وما زاد عليها فتسميته مانعا مجاز ، وقال فى غيره : إنها ستة : الأربعة المذكورة ، والردة واختلاف العهد ، وما زاد عليها مجاز ، وانتفاء الإرث معه لا لأنه مانع ، بل لانتفاء الشرط كما فى جهل التاريخ ، وهذا أوجه .

وعد بعضُهم من الموانع : النبوةَ ، لخبر الصحيحين « نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة » والحكمة فيه أن لا يتمنى أحد من الورثة موتهم لذلك فيهلك ، وأن لا يظن بهم الرغبة فى الدنيا ، وأن يكون مالهم صدقة بعد وفاتهم توفيرا لأجورهم .

وقد علم مما تقرر أن الناس فى الإرث على أربعة أقسام : منهم من يرث ويورث ، وعكسه فيهما ، ومنهم من يورث ولا يرث ، وعكسه ، فالأول كزوجين وأخوين ، والثانى كرقيق ومرتد ، والثالث كمبعض وجنين فى غرته فقط فانها تورث عنه لا غيرها ، والرابع الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فانهم يرثون ولا يورثون .

(وأقرب العصبات) من النسب العَصَبَةُ بنفسه ، وهم (الابن) لأنه يدلى إلى الميت بنفسه (ثم ابنه) وإن سفل لأنه يقوم مقام أبيه فى الإرث فكذا فى التعصيب

ثُمَّ الأَبُ ثُمَّ أَبُوهُ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ ثُمَّ العَمُّ عَلَى هٰذَا التَّرْتِيبِ ثُمَّ ابْنُهُ ، فَإِنْ عُدِمَتِ العَصَبَاتُ فَالمَوْلَى المُعْتِقُ

(ثم الأب) لإدلاء سائر العصبات به (ثم أبوه) وإن علا (ثم الأخ للاب والأم) أى الشقيق ، ولوعبر به كان أخصر (ثم الأخ للأب) لأن كلامنهما ابن الأب يدلى بنفسه (ثم ابن الأخ للأب والأم) أى الشقيق (ثم ابن الأخ للأب) لأن كلامنهما يُدْلى بنفسه كأبيه (ثم العم على هذا الترتيب) أى فيقدم العم الشقيق على العم للأب لأن كلا منهما ابن الجد و يدلى للميت بنفسه (ثم ابنه) أى العم على ترتيب أبيه ، فيقدم ابن العم الشقيق على ابن العم للأب ثم عم الأب من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنوهما كذلك ، ثم عم الجد من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنوهما كذلك ، إلى حيث ينتهى قاله فى الروضة ، وتركه المصنف اختصارا .

(فاذا عدمت العصبات) من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم (فالمولى المعتق) .

والعَصَبَات : جمع عَصَبَة ، ويسمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث ، قاله المطرزى ، وتبعه النووى ، وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد لأنه جمع عاصب .

ومعنى العصبة لغة : قرابة الرجل لأبيه ، وشرعا : من ليس له سَهْم مقدَّر من الورثة فيرث التركة إذا انفرد أو ما فضل بعد الفروض .

فقولنا « يرث التركه إذا انفرد » صادق بالعصبة بنفسه وهو ما تقدم و بنفسه وغيره معا ، والعصبة بغيره هن : البنات والأخوات ، غير ولد الأم مع أخيهن ، وقولنا « أو مافضل إلى آخره » صادق بذلك و بالعصبة مع غيره وهن الأخوات مع البنات وبنات الابن ، فليس لهن حال يستغرقن فيه التركة .

والمعتق يشمل الذكر والأنثى ؛ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا فى الإرث ، وحكى

ثُمَّ عَصَبَتُهُ

ابن المنذر فيه الإجماع ، وإنما قدم النسب عليه لقوته ، ويرشد إليه « الولاء لُحمة كلحمة النسب » شبه به ، والمشبه دون المشبه به .

(ثم عصبته) أى المعتق بنسب المتعصبون بأنفسهم كابنه وأخيه ، لا كبنته وأخته ، ولو مع أخويهما المعصبين لهما ، لأنهما من أصحاب الفروض ، ولا للعصبة مع غيره ، والمعنى فيه أن الولاء أضعف من النسب المتراخى ، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبنى الأخ وبنى العم دون أخواتهم ، فاذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم فبنت المعتق أولى أن لا ترث لأنها أبعد منهما ، والمعتبر أقرب عصباته يوم موت العتيق ، فلو مات المعتق وخلف ابنين ثم مات أحدهما وخلف ابنا ثم مات العتيق فولاؤه لابن المعتق دون ابن ابنه .

تنبيه ـ كلام المصنف كالصريح فى أن الولاء لا يثبت للعصبة فى حياة المعتق ، بل إنما يثبت بعده ، وليس بمراد ، بل الولاء ثابت لهم فى حياة المعتق على المذهب المنصوص فى الأم إذ لو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته لم يرثوا ، وقال السبكى : تلخص للأصحاب فيه وجهان ، أصحهما أنه لهم معه لكن هو المقدم عليهم فيما يمكن جعله له كارث المال ونحوه اﻫ .

وترتيبهم هنا كالترتيب المتقدم فى النسب ، إلا فى مسائل : منها إذا اجتمع الجد والأخ الشقيق أو لأب قدم الأخ هنا فى الولاء على الأظهر بخلافه فى النسب ، فلو اجتمعا معه فلا يقدم أولاد الأب على الجد على الأصح ، بل يقتسم الجد مع الشقيق فقط ، ومنها ما إذا كان مع الجد ابن الأخ ، فالأظهر تقديم ابن الأخ فى الولاء لقوة البنوة ، ومنها ما إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فالمذهبُ تقديمه ، وسكت المصنف عما إذا لم يكن للمعتق عصبة ، وحكمه أن التركه لمعتق المعتق ، ثم لعصبته على الترتيب المعتبر فى عصبات المعتق ، ثم لمعتق معتق المعتق ، وهكذا ، كما فى الروضة ، فان فقدوا فمعتق الأب ثم عصبته ثم معتق الجد ، ثم عصبته ، وهكذا ، فان لم يكن وارث انتقل المالُ لبيت المال إرثا للمسلمين إذا انتظم أمر بيت المال ، أما إذا لم ينتظم لكون الإمام غير عادل فانه يرد على أهل الفروض

وَالْفُرُوضُ الْمَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى سِتَّةٌ اَلنِّصْفُ وَالرُّبُعُ وَالثُّمُنُ وَالثُّلُثَانِ وَالثُّلُثُ وَالسُّدُسُ ، فَالنِّصْفُ

غير الزوجين ، لأن علة الرد القرابة ، وهى مفقودة فيهما ، ونقل ابن سُرَيج فيه الإجماع ، هذا إذا لم يكونا من ذوى الأرحام ، فلوكان مع الزوجية رحم رد عليهما كبنت الخالة وبنت العم لكن الصرف إليهما من جهة الرحم لا من جهة الزوجية ، وإنما يرد ما فضل عن فروضهم بالنسبة إلى سهام من يرد عليه طلبا للعدل فيهم ، ففى بنت وأم يبقى بعد إخراج فرضهما سهمان من ستة ، للأم ربعهما نصف سهم ، وللبنت ثلاثة أرباعهما فتصح المسألة من اثنى عشر ، وترجع بالاختصار إلى أربعة ، للبنت ثلاثة ، وللأم واحد ، وذكرت أشياء من ذلك مما لا يحتمله هذا المختصر فى شرح التنبيه وغيره .

ثم شرع فى بيان الفروض وأصحابها ، وهم : كل من له سهم مقدر شرعا لا يزيد ولا ينقص وقدر مايستحقه كل منهم بقوله : (والفروض) جمع فرض بمعنى نصيب : أى الأنصباء (المذكورة) أى المقدرة أى المحصورة للورثة بأن لا يزاد عليها ولا ينقص عنها إلا لعارض كعول فينقص أورد فيزاد (فى كتاب الله تعالى) للورثة ، وخبر الفروض (ستة) بعول و بدونه ، و يعبر عنها بعبارات أوضحها (النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس) وأخصرها : الربع ، والثلث ، وضعف كل ، ونصفه ، و إن شئت قلت : النصف ، ونصفه ، ونصف نصفه ، والثلثان ، ونصفهما ، ونصف نصفهما ، وإن شئت قلت : النصف ، ونصفه ، وربعه ، والثلثان ، ونصفهما ، وربعهما ، وخرج بقوله « فى كتاب الله تعالى » السدس الذى للجدة ولبنت الابن ، إلا أن يقال : السدس مذكور فى كتاب الله تعالى لامع كون من يستحقه أما أوجدة أو بنت ابن ، والسبع والتسع فى مسائل العَوْل إلا أن يقال : الأول سدس عائل ، والثانى ثمن عائل ، وثلث ما يبقى فى الغرّاوين كزوج وأبوين أو زوجة وأبوين ، وفى مسائل الجد حيث معه ذو فرض كأم وجد وخمسة إخوة ، فانه من قبيل الاجتهاد .

(ف)الفرض الأول (النصف) بدأ المصنف به كغيره لكونه أكبر كسر مفرد ،

فَرْضُ خَمْسَةٍ الْبِنْتُ وَبِنْتُ الِابْنِ وَالْأُخْتُ مِنْ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ وَالزَّوْجُ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَلَدٌ [وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ]

قال السبكى : وكنت أود أن لو بدؤا بالثلثين ، لأن الله تعالى بدأ بهما ، حتى رأيت أبا النجا والحسين بن عبدالواحد الونى[1] بدآ بهما فأعجبنى ذلك ، وهو (فرض خمسة)

أحدها : (البنت) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة لقوله تعالى : « و إن كانت واحدة فلها النصف »

(و) ثانيها : (بنتُ الابنِ) و إن سفل بالإجماع (إذا انفردت) عن تعصيب وتنقيص ، فخرج بالتعصيب ما إذا كان معها أخ فى درجتها فانه يعصبها و يكون لها نصف ما حصل له ، و بالتنقيص ما إذا كان معها بنت صلب فإن لها معها السدس تكملة الثلثين

(و) ثالثها : (الأخت من الأب والأم) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة ولو عبر بالشقيقة لكان أخصر

(و) رابعها : (الأخت من الأب) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة ، لقوله تعالى « وله أخت فلها نصف ما ترك » قال ابن الرفعة : أجمعوا على أن المراد بها الأخت الشقيقة والأخت من الأب ، وخرج بقيد الانفراد عمن ذكر فى الأربعة الزوج فإن لكل واحدة مع وجوده النصف أيضاً

(و) خامسها : (الزوج إذا لم يكن لها) أى لزوجته (ولد) منه أو من غيره ، و يصدق الولد بالذكر والأنثى (ولا ولد ابن) و إن سفل ، لها ، منه أو من غيره ، أما مع عدم الولد فلقوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد » وانعقد الإجماع على أن ولد الابن كولد الصلب فى حَجْب الزوج من النصف إلى الربع : إما لصدق اسم الولد عليه مجازاً ، و إما قياساً على الإرث والتعصيب ، فإنه فيهما كولد الصلب إجماعاً

---

(١) هو — كما فى ابن خلكان — بفتح الواو وتشديد النون : نسبة إلى ون ، وهى قرية من بلاد العجم

وَالرُّبُعُ فَرْضُ اثْنَيْنِ : الزَّوْجِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الْاِبْنِ ، وَهُوَ فَرْضُ الزَّوْجَةِ . وَالزَّوْجَاتِ مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الْاَبْنِ ، وَالثُّمُنُ فَرْضُ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجَاتِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الْاَبْنِ ، وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ أَرْبَعَةٍ : الْبِنْتَيْنِ

(و) الفرض الثانى (الربع ، وهو فرض اثنين) فرض (الزوج مع الولد) لزوجته منه أو من غيره (أو) مع (ولد الابن) لها و إن سفل ، منه أو من غيره ، أما مع الولد فلقوله تعالى « فإن كان لهن ولد فلكم الربع » وأما مع ولد الابن فلما مر ، وخرج بقيد الابن هنا وفيما قبله ولد البنت فإنه لا يرث ولا يحجب (وهو) أى الربع (للزوجة) الواحدة (و) لكل (الزوجات) بالسوية (مع عدم الولد) للزوج (أو) عدم (ولد الابن) له ، و إن سفل ، أما مع عدم الولد فلقوله تعالى « ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد » وأما مع عدم ولد الابن فبالإجماع ، واستفيد من تعبيره بالزوجات بعد الواحدة أن مافوق الواحدة إلى انتهاء الأربع فى استحقاق الربع كالواحدة ، وهو إجماع كما قاله ابن المنذر

تنبيه — قد ترث الأم الربع فرضا فيما إذا ترك زوجة وأبوين فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى واحد وهو فى الحقيقة ربع لكنهم تأدبوا مع لفظ القرآن العظيم .

(و) الفرض الثالث (الثمن ، وهو فرض الزوجة) الواحدة (و) كل (الزوجات) بالسوية (مع الولد) للزوج منها أومن غيرها (أو) مع (ولد الابن) له و إن سفل ، أمامع الولد فلقوله تعالى « فإن كان لكم ولد فلهن الثمن » وأما مع ولد الابن فلما تقدم من الإجماع والقياس على ولد الصلب ، و يستفاد من تعبيره هنا بالزوجات بعد الواحدة ما استفيد فيما قبله .

(و) الفرض الرابع (الثلثان) وهو (فرض أربعة : البنتين) فأكثر ، أما فى البنتين فبالإجماع المستند لما صححه الحاكم أنه صلى الله عليه وسلم « أعطى بِنْتَىْ سعد بن الربيع

وَبِنْتَي الابْنِ وَالأُخْتَيْنِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ وَالأُخْتَيْنِ مِنَ الأَبِ ، وَالثُّلُثُ فَرْضُ اثْنَتَيْنِ الأُمِّ إِذَا لَمْ تُحْجَبْ

الثلثين» و إلى القياس على الأختين ، ومما احتج به أيضا أن الله تعالى قال « للذكر مثل حظ الأنثيين » وهو لو كان مع واحدة كان حظها الثلث ، فأولى وأحرى أن يجب لها ذلك مع أختها ، وأما فى الأكثر من الثنتين فلعموم قوله تعالى « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » .

(و) فرض (بنات الابن) و إن سفل ، ولو عبر ببنتى الابن فأكثر كان أولى[١] ، ليدخل بنتا الابن ، والألف واللام فى الابن للجنس ، حتى لو كن من أبناء كان الحكم كذلك ، وهذا إذا لم يكن معهن بنت صلب ، فإن كان فسيأتى حكمه .

(و) فرض (الأختين) فأكثر (من الأب والأم) أما فى الأختين فلقوله تعالى « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » وأما فى الأكثر فلعموم قوله تعالى « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » .

(و) فرض (الأختين) فأكثر (من الأب) عند فقد الشقيقتين ، أما فى الأختين فللآية الكريمة المتقدمة ، فإن المراد بها الصنفان كما حكى ابن الرفعة فيه الإجماع ، وأما فى الأكثر فلعموم قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين » كما تقدم .

تنبيه — ضابط من يرث الثلثين : مَنْ تعدد من الإناث ممن فرضه النصف عند انفرادهن عمن يعصبهن أو يحجبهن .

(و) الفرض الخامس (الثلث) وهو (فرض اثنين) فرض (الأم إذا لم تحجب) حَجْبَ نقصان بأن لم يكن لميتها ولد ولا ولد ابن وارث ولا اثنان من الإخوة والأخوات للميت ، سواء أكانوا أشقاء أم لا ذكورا أم لا محجوبين بغيرها كأخوين لأم مع جد أم لا ، لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فإن كان له إخوة

---

(١) نسخة المتن التى بين أيدينا « وبنتى الابن » فلعل النسخة التى كانت بيد الشارح غيرها

وَهُوَ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ ، وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ : الأُمِّ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ ، أَوْ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ

فلأمه السدس » وولد الابن مُلْحَق بالولد ، والمراد بالإخوة اثنان فأكثر إجماعا قبل إظهار ابن عباس الخلاف ، ويشترط أيضا أن لا يكون مع الأم أب وأحد الزوجين فقط ، فان كان معها ذلك ففرضها ثلث الباقى كما مر .

(وهو) أى الثلث (للاثنين فصاعدا) بالنصب على الحال ، وناصبه واجب الإضمار : أى ذاهبا من فرض عدد الاثنين إلى حال الصعود على الاثنين ، ولا يجوز فيه غير النصب ، وإنما يستعمل بالفاء وثم ، لا بالواو ، كما فى المحكم : أى فزائدا (من الإخوة والأخوات من ولد والأم) يستوى فيه الذكر وغيره ، لقوله تعالى « وإن كان رجل يورث كَلَالَة أو امرأة وله أخ أو أخت — الآية » والمراد أولاد الأم ، بدليل قراءة ابن مسعود وغيره « وله أخ أو أخت من أم » وهى وإن لم تتواتر لكنها كالخبر فى العمل على الصحيح ، لأن مثل ذلك إنما يكون توقيفا ، وإنما سوى بين الذكر والأنثى لأنه لا تعصيب فيمن أدلوا به ، بخلاف الأشقاء أو لأب فان فيهم تعصيبا ، فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنين والبنات ، ذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه ، وقد يفرض الثلث للجد مع الإخوة فيما إذا نقص عنه بالمُقَاسمة كما لو كان معه ثلاثة إخوة فأكثر ، وبهذا يكون فرض الثلث لثلاثة وإن لم يكن الثالث فى كتاب الله تعالى كما مر .

(و) الفرض السادس (السدس) وهو (فرض سبعة) بتقديم السين على الموحدة (للأم مع الولد) ذكرا كان أو غيره ، لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » (أو) مع (ولد الابن) وإن سفل ، للاجماع على حجبها به من الثلث إلى السدس ، ولم يعتبروا مخالفة مُجاهد فى ذلك (أو) مع (اثنين فصاعدا) أى فأكثر (من الإخوة والأخوات) لما مر فى الآيتين .

وَهُوَ لِلْجَدَّةِ عِنْدَ عَدَمِ الأمِّ

تنبيه — قوله « اثنين » قد يشمل ما لو ولدت امرأة ولدين ملتصقين لهما رأسان وأربع أرجل وأربع أيد وفرجان ولها ابن آخر ثم مات هذا الابن وترك أمه وهذين ، فيصرف لها السدس ، وهو كذلك ، لأن حكمهما حكم الاثنين فى سائر الأحكام من قصاص ودية وغيرهما ، وتعطى أيضا السدس مع الشك فى وجود أخوين كأن وطىء اثنان امرأة بشبهة وأتت بولد واشتبه الحال ثم مات الولد قبل لحوقه بأحدهما ولأحدهما دون الآخر ولدان ، فللأم من مال الولد السدس فى الأصح أو الصحيح كما فى زيادة الروضة فى العدد ، وإذا اجتمع مع الأم الولد أو ولد الابن واثنان من الإخوة فالذى ردها من الثلث إلى السدس الولد لقوته كما بحثه ابن الرفعة ، وقد يفرض لها أيضا السدس مع عدم من ذكر ، كما إذا ماتت امرأة عن زوج وأبوين .

(وهو) أى السدس (للجدة) الوارثة لأب أو أم ، لخبر أبى داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم « أعطى الجدة السدس » والمراد بها الجنس ؛ لأن الجدتين فأكثر الوارثات يشتركان أو يشتركن فى السدس ، وروى الحاكم بسند صحيح أنه صلى الله عليه وسلم « قضى به للجدتين » ثم إن كانت الجدة لأم فلها ذلك (مع عدم الأم) فقط ، سواء انفردت أو كانت مع ذوى فرض أو عصبة لأنها لا يحجبها إلا الأم فقط ، إذ ليس بينها و بين الميت غيرها ، فلا تحجب بالأب ولا بالجد ، والجدة للأب يحجبها الأب لأنها تدلى به ، أو الأم بالإجماع ، فانها تستحق بالأمومة ، والأم أقرب منها ، والقُرْبَى من كل جهة تحجب البُعْدَى منها ، سواء أدلت بها كأم أب وأم أم أب وأم أم وأم أم أم ، أم لم تدل بها كأم أب وأم أبى أب ، فلا ترث البُعْدَى مع وجود القُرْبَى ، والقربى من جهة الأم كأم أم تحجب البُعْدَى من جهة الأب كأم أم أب ، والقربى من جهة الأب كأم أب لا تحجب البعدى من جهة الأم كأم أم أم ، بل يكون السدس بينهما نصفين .

وَلِبِنْتِ الاِبْنِ مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ ، وَهُوَ لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ مَعَ الْأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ ، وَهُوَ فَرْضُ الأَبِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الاُبْنِ ، وَفَرْضُ الْجَدِّ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ ، وَهُوَ فَرْضُ الْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ

(و) السدس أيضا (لبنت الابن) فأكثر (مع بنت الصلب) أو مع بنت ابن أقرب منها ، تكملة الثلثين ؛ لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك فى بنت الابن مع البنت ، رواه البخارى عن ابن مسعود ، وقيس عليه الباقى ، ولأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين ، فالبنت و بنات الابن أولى بذلك .

تنبيه — استفيد من إفراد المصنف كغيره بنت الصلب أنه لو كان مع بنات الابن بنتا صلب فأكثر أنه لا شىء لبنات الابن ، وهو كذلك ، بالإجماع كما قاله الماوردى ، لأن بنت الابن فأكثر إنما تأخذ أو يأخذن تكملة الثلثين ، وهو السدس ، ولهذا سمى تكملة كما مر .

(وهو) أى السدس (للأخت) فأكثر (من الأب مع الأخت) الواحدة (من الأب والأم) تكملة الثلثين كما فى البنت و بنات الابن .

(وهو) أى السدس (فرض الأب مع الولد) ذكرا كان أو غيره (أو) مع (ولد الابن) و إن سفل .

(و) هو أيضا (فرض الجد) للأب (عند عدم الأب) المتوسط بينه و بين الميت ، إذا كان للميت ولد أو ولد ابن ، لقوله تعالى «ولأبويه لكل واحد منهما السدس ـ الآية» وولد الابن كالولد كما مر ، والجد كالأب .

(وهو) أيضا (للواحد من ولد الأم) ذكرا كان أو أنثى أو خنثى ؛ لقوله تعالى : «وله أخ أو أخت ـ الآية» .

تتمة — أصحاب الفروض ثلاثة عشر : أربعة من الذكور : الزوج ، والأخ للأم ،

وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ بِالْأُمِّ، وَالْأَجْدَادُ بِالْأَبِ، وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأُمِّ مَعَ أَرْبَعَةٍ الوَلَدِ وَوَلَدِ الِابْنِ وَالْأَبِ وَالْجَدِّ، وَيَسْقُطُ الْأَخُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ مَعَ ثَلَاثَةٍ الِابْنِ وَابْنِ الِابْنِ وَالْأَبِ، وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبِ بِهَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ وَبِالْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ.

والأب ، والجد ، وقد يرث الأب والجد بالتعصيب فقط ، وقد يجمعان بينهما ، وتسعة من الإناث: الأم ، والجدتان ، والزوجة ، والأخت للأم ، وذوات النصف الأربع .

ثم شرع فى حجب الحرمان بقوله : (وتسقط الجدات) سواء أكن للأم أو للأب (بالأم) إجماعا، لأن الجدة إنما تستحق بالأمومة ، والأم أقرب منها كما مر (و) يسقط (الأجداد) المُدْلُونَ إلى الميت بمَحْض الذكور (بالأب) وبكل جد هو إلى الميت أقرب منهم بالإجماع (ويسقط ولد الأم) ذكرا كان أو أنثى (مع) وجود (أربعة) أى بواحد منها (الولد) ذكرا كان أو أنثى (وولد الابن) وإن سفل ، ذكرا كان أو أنثى (والأب ، والجد) بالإجماع ، ولأنه يبقى الـكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد ، وأما الأم فلا تحجبهم وإن أدلَوْا بها ، لأن شرط حجب المُدْلى بالمدلى به : إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم أو استحقاق المُدْلِى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ، لأنها تأخذ بالأمومة ، وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (ويسقط ولد الأب والأم) أى الأخ الشقيق ، ولو عبر به لـكان أخصر (مع ثلاثة) أى بواحد منها (الابن ، وابن الابن) وإن سفل (والأب) بالإجماع فى الثلاثة (ويسقط ولد الأب) أى الأخ للأب فقط مع أربعة (بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأب والأم) لقوته بزيادة القرب .

فان قيل : يرد على ذلك أنه يحجب أيضا ببنت وأخت شقيقة .

أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده ، وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها ، بل مع غيرها .

وَأَرْبَعَةٌ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ الابْنُ وابْنُ الابْنِ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ ، وأَرْبَعَةٌ يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ وَهُمُ الأَعْمَامُ

والذى يحجب ابن الأخ لأبوين ستة : أب لأنه يحجب أباه فهو أولى ، وجد لأنه فى درجة أبيه ، وابن ، وابنه ، لأنهما يحجبان أباه فهو أولى ، والأخ لأبوين ، لأنه إن كان أباه فهو يُدْلى به ، وإن كان عمه فهو أقرب منه ، والأخ لأب ، لأنه أقرب منه .

وابن الأخ لأب يحجبه سبعة : هؤلاء الستة لما سبق ، وابن الأخ لأبوين ، لقوته .

والعم لأبوين يحجبه ثمانية : هؤلاء السبعة لماسبق ، وابن أخ لأبٍ ، لقرب درجته .

والعم لأب يحجبه تسعة : هؤلاء الثمانية لما مر ، وعم لأبوين ، لقوته .

وابن عم لأبوين يحجبه عشرة : هؤلاء التسعة لما مر ، وعم لأب ، لأنه فى درجة أبيه فيقدم عليه لزيادة قربه .

وابن عم لأب يحجبه أحد عشر : هؤلاء العشرة لما سلف ، وابن عم لأبوين ، لقوته

والمعتق يحجبه عصبة النسب بالإجماع ؛ لأن النسب أقوى من الولاء ، إذ يتعلق به أحكام لاتتعلق بالولاء كالمَحْرَمِيَّة ووجوب النفقة وسقوط القصاص وعدم صحة الشهادة ونحوها ، وسكت المصنف عن ذلك اختصاراً .

(وأربعة يعصبون أخَوَاتهم) منصوب بالكسرة لكونه جمع مؤنث سالما : الأول : (الابن) لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فنص سبحانه وتعالى على أولاد الصلب (و) الثانى : (ابن الابن) وإن سفل ، لأنه لما قام مقام أبيه فى الإرث قام مقامه فى التعصيب (و) الثالث : (الأخ من الأب والأم ، و) الرابع : (الأخ من الأب) فقط ، لقوله تعالى « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » .

(وأربعة) لايعصبون أخواتهم ، بل (يرثون دون أخواتهم) فلا يرثن (وهم الأعمام)

وَبَنُو الأَعْمَامِ وَبَنُو الأَخِ وَعَصَبَاتُ المَوْلَى المُعْتِقِ

لأبوين ، أو لأب (وبنو الأعمام) لأبوين ، أو لأب (وبنو الإخوة) لأبوين أو لأب ، لأن العمات وبنات الأعمام وبنات الإخوة من ذوى الأرحام كما مر بيانهم أول الكتاب (وعصبات المولى المعتق) الذين يتعصبون بأنفسهم ، لانجرار الولاء إليهم كما مر بيانه ، فيرثون عتيق مورثهم بالولاء دون أخواتهم ، لأن الإناث إذا لم يرثن فى النسب البعيد فلأن لا يرثن فى الولاء الذى هو أضعف من النسب البعيد أولى ، وما رواه الدارقطنى من أنه صلى الله عليه وسلم « ورث بنت حمزة من عتيق أبيها » قال السبكى : إنه حديث مضطرب لا تقوم عليه حجة ، والذى صححه النسائى أنه كان عتيقها ، وكذا حكى تصويب ذلك عن النسائى ابن الملقن فى أدلة التنبيه

تتمة — الابن المنفرد يستغرق التركة ، وكذا الابنان والبنون إجماعا ، ولو اجتمع بنون وبنات فالتركة لهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأولاد الابن وإن نزل إذا انفردوا كأولاد الصلب فيما ذكر ، فلو اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان من أولاد الصلب ذكر حجب أولاد الابن بالإجماع ، فان لم يكن ذكر ، فإن كان للصلب بنت فلها النصف ، والباقى لأولاد الابن الذكور أو الذكور والإناث للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن كان للصلب بنتان فصاعدا أخذتا أو أخذن الثلثين ، والباقى لأولاد الابن الذكور أو الذكور والإناث ، ولا شىء للاناث الخلص من أولاد الابن مع بنتى الصلب بالإجماع إلا أن يكون أسفل منهن ذكر فيعصبهن فى الباقى ، وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب فى جميع ما مر ، وكذا سائر المنازل ، وإنما يعصب الذكر النازل من أولاد الابن مَنْ فى درجته كأخته وبنت عمه ، ويعصب مَنْ فوقه كبنت عم أبيه إن لم يكن لها شىء من الثلثين كبنتى صلب وبنت ابن وابن ابن ابن ، بخلاف ما إذا كان لها شىء من الثلثين ، لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصيبه ، وباب الفرائض باب واسع ، وقد أفرد بالتأليف ، وفى هذا القدر كفاية بالنسبة لهذا المختصر

﴿ فصل ﴾ فى الوصية الشاملة للايصاء

وهى فى اللغة الإيصال ، من « وصى الشىء بكذا » وَصَلَه به ، لأن الموصى وصل خير دنياه بخير عقباه ، وشرعا لا بمعنى الإيصاء : تبرعٌ بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة ، وإن ألحقا بها حكما كالتبرع المنجَّز فى مرض الموت أو الملحق به

وكان الأنسب تقديم الوصية على الفرائض ، لأن الإنسان يوصى ثم يموت فتقسم تركته

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى فى أربعة مواضع من المواريث « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وأخبار كخبر ابن ماجة « المحروم من حرم الوصية ، من مات على وصية مات على سبيل وسنة وتقى وشهادة ، ومات مغفوراً له » وكانت أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين ، ثم نسخ وجوبها بآية المواريث ، وبقى استحبابها فى الثلث فأقل ، لغير الوارث ، وإن قل المال وكثر العيال

وأركانها أربعة : صيغة ، وموصٍ ، وموصًى له ، وموصًى به ، وأسقط المصنف من ذلك الصيغة ، وذكر البقية

وبدأ بالموصى به بقوله (وتجوز الوصية بـ) الشىء (المعلوم) وإن قل كحبتى الحنطة وبنُجُوم الكتابة وإن لم تكن مستقرة وبالمكاتب وإن لم يقل : إن عجز نفسه ، وبعبد غيره وإن لم يقل : إن ملكته ، وبنجاسة يحل الانتفاع بها ككلب معلَّم أو قابل للتعليم وبنحو زبل مما ينتفع به كسماد وجلد ميتة قابل للدباغ وزيت نجس وميتة لطعم الجوارح كما نقله القاضى أبو الطيب عن الأصحاب ، وخمر محترمة ، لثبوت الاختصاص فى ذلك ، ولو أوصى بكلب من كلابه أعطى الموصى له أحدها فان لم يكن له كلب يحل الانتفاع به لغت

وَالمَجْهُولِ وَالمَوْجُودِ وَالمَعْدُومِ ، وَهِيَ مِنَ الثُّلُثِ

وصيته ، ولو كان له مال وكلاب وأوصى بها كلها أو ببعضها نفذت وصيته وإن كثرت الكلاب وقل المال ، لأن المال خير من الكلاب

(و) تجوز الوصية بالشيء (المجهول) عينه ، كأوصيت لزيد بمالى الغائب أو عبد من عبيدى ، أو قدره ، كأوصيت له بهذه الدراهم ، أو نوعه ، كأوصيت له بصاع حنطة ، أو جنسه ، كأوصيت له بثوب ، أو صفته ، كالحمل الموجود ، وكأن ينفصل حياً لوقت يعلم وجوده عندها ، لأن الوصية تحتمل الجهالة ، و بما لا يقدر على تسليمه ، كالطير الطائر والعبد الآبق ، لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه كما يخلفه الوارث فى ثلثيه (و) تجوز بالشيء (الموجود) كأوصيت له بهذه المائة لأنها إذا صحت بالمعدوم فبالموجود أولى (و) تجوز بالشيء (المعدوم) كأن يوصى بثمر أو حمل سيحدث ؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة ، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية ، وتجوز بالمبهم كأحد عبديه ، لأن الوصية تحتمل الجهالة فلا يؤثر فيها الإبهام ، ويعين الوارث ، وتجوز بالمنافع المباحة وحدها مؤقتة ومؤبدة ومطلقة والإطلاق يقتضى التأبيد ، لأنها أموال مقابلة بالأعواض كالأعيان ، وتجوز بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر ، وإنما صحت فى العين وحدها لشخص مع عدم المنفعة فيها لإمكان صيرورة المنفعة له باجارة أو إباحة أو نحو ذلك

تنبيه - يشترط فى الموصى به كونه مقصوداً كما فى الروضة ، فلا تصح بما لا يقصد كالدم ، وكونه يقبل النقل من شخص إلى شخص ، فما لا يقبل النقل كالقصاص وحد القذف لا تصح الوصية به ، لأنهما وإن انتقلا بالإرث لا يتمكن مستحقهما من نقلهما ، نعم لو أوصى به لمن هو عليه صح كما صرحوا به فى باب العفو عن القصاص .

(وهى) أى الوصية مُعْتَبرة (من الثلث) سواء أوصى به فى صحته أو مرضه ، لاستواء الكل وقت اللزوم حال الموت .

. . . .

تنبيه — يعتبر المال الموصى بثلثه يوم الموت ، لأن الوصية تمليك بعد الموت ، فلو أوصى بعبد ولا عبد له ثم ملك عند الموت عبدا تعلقت الوصية به ، ولو زاد ماله تعلقت الوصية به ، ولا يخفى أن الثلث الذى تنفذ فيه الوصية هو الثلث الفاضل بعد الدين ، فلو كان عليه دين مستغرق لم تنفذ الوصية فى شىء ، لكنها تنعقد حتى ينفذها لو أبرأ الغريم أو قضى عنه الدين ، كما جزم به الرافعى وغيره ، ويعتبر من الثلث تبرع نجز فى مرضه الذى مات فيه كوقف وهبة وعتق وإبراء ، لخبر « إن الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » رواه ابن ماجة ، وفى إسناده مقال ، ولو وهب فى الصحة وأقبض فى المرض اعتبر من الثلث أيضا ، إذ لا أثر لتقدم الهبة ، وخرج بتبرع ما لو استولد فى مرض موته فانه ليس تبرعا ، بل إتلاف واستمتاع فهو من رأس المال ، وبمرضه تبرع نجز فى صحته ، فيحسب من رأس المال ، لكن يستثنى من العتق فى مرض الموت عتق أم الولد إذا أعتقها فى مرض موته ، فإنه ينفذ من رأس المال كما سيأتى فى محله إن شاء الله تعالى ، مع أنه تبرع نجز فى المرض .

فائدة — قيمة ما يفوت على الورثة تعتبر بوقت التفويت فى المنجز ، وبوقت الموت فى المضاف إليه ، وفيما يبقى للورثة يعتبر بأقل قيمة من يوم الموت إلى يوم القبض ، لأنه إن كان يوم الموت أقل فالزيادة حصلت فى ملك الوارث ، أو يوم القبض أقل فما نقص قبله لم يدخل فى يده فلا يحسب عليه ، وكيفية اعتبارها من الثلث أنه إذا اجتمع فى وصية تبرعات متعلقة بالموت وإن كانت مرتبة ولم يوف الثلث بها ، فان تمحض العتق كأنه قال : إذا مت فأنتم أحرار أو غانم وسالم وبكر أحرار ، أقرع بينهم ، فمن قرع عتق منه ما يفى بالثلث ، ولا يعتق من كل بعضه لأن المقصود من العتق تخليص الشخص من الرق ، وإنما لم يعتبر ترتيبها مع إضافتها للموت لاشتراكها فى وقت نفاذها وهو وقت

فَإِنْ زَادَ وُقِفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ

الموت ، نعم إن اعتبر الموصى وقوعها مرتبة كأن قال : أعتقوا سالما بعد موتى ثم غانما ثم بكرا ، قدم ما قدمه ، لأن الموصى اعتبر وقوعها مرتبة من غيره ، فلا بد أن تقع كذلك بخلاف ما مر ، أو تمحض تبرعات غير العتق قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة أو المقدار ، كما تقسط التركة بين أرباب الديون ، أو اجتمع عتق وغيره كأن أوصى بعتق سالم ولزيد بمائة قسط الثلث عليهما بالقيمة للعتيق ؛ لاتحاد وقت الاستحقاق ، فاذا كانت قيمته مائة والثلث مائة عتق نصفه ولزيد خمسون ، نعم لو دبر عبده وقيمته مائة وأوصى له بمائة وثلث ماله مائة فإنه يعتق كله ، ولا شىء للوصية على الأصح ، أو اجتمع تبرعات منَجزة قدم الأول منها فالأول حتى يتم الثلث ، سواء كان فيها عتق أم لا ، و يتوقف ما بقى على إجازة الوارث ، فان وجدت هذه التبرعات دفعة إما منه أو بوكالة واتحد الجنس فيها كعتق عبيد أو إبراء جمع كقوله : أعتقتكم ، أو أبرأتكم ، أقرع فى العتق خاصة حذرا من التشقيص ، وقسط بالقيمة فى غيره كما مر ، و إن كانت التبرعات منُجزة ومعلقة بالموت قدم المنجز لأنه يفيد الملك حالا ولازم لا يمكن الرجوع فيه .

فروع - لو قال « إن أعتقت غانما فسالم حر » فأعتق غانما فى مرض موته تعين للعتق إن خرج وحده من الثلث ولا إقراع ، ولو أوصى بحاضر هو ثلث ماله و باقيه غائب لم يتسلط موصى له على شىء منه حالا ، ولو أوصى بالثلث وله عين ودين دفع للموصى له ثلث العين ، وكلما نضَّ من الدين شىء دفع له ثلثه ، و يندب للموصى أن لا يوصى بأكثر من ثلث ماله ، والأولى أن ينقص منه شيئا ، لخبر الصحيحين « الثلث ، والثلث كثير » .

(فان زاد) على الثلث ، والزيادة عليه مكروهة وهو المعتمد كما قاله المتولى وغيره ، و إن قال القاضى وغيره إنها محرمة (وقف) الزائد (على إجازة الورثة) فتبطل الوصية بالزائد إن رده وارث خاص مطلق التصرف ؛ لأنه حقه ، فان لم يكن وارث خاص

وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهَا بَاقِي الْوَرَثَةِ

بطلت فى الزائد لأن الحق للمسلمين فلا مجيز ، أو كان وهو غير مطلق التصرف فالظاهر كما بحثه بعضهم أنه إن توقعت أهليته وقف الأمر إليها ، وإلا بطلت ، وعليه يحمل ما أفتى به السبكى من البطلان ، و إن أجاز فاجازته تنفيذ للوصية بالزائد .

(ولا تجوز الوصية) أى تكره كراهة تنزيه (لوارث) خاص غير حائز ، بزائد على حصته ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » رواه أصحاب السنن (إلا إن يجيزها باقى الورثة) المطلقين التصرف ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها باقى الورثة» رواه البيهقى باسناد ، قال الذهبى : صالح ، وقياسا على الوصية لأجنبى بالزائد على الثلث ، وخرج بخاص الوارث العام ، كما لو أوصى لإنسان بشىء ثم انتقل إرثه لبيت المال فان ذلك يصرف إليه ، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام ، و بغير حائز ما لو أوصى لحائز بماله كله فانها باطلة على الأصح و بزائد على حصته مالو أوصى لوارث بقدر إرثه فان فيه تفصيلا يأتى بين المشاع والمعين ، و بالمطلقين التصرف مالو كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسَفَه فلا تصح منه الإجازة ولا من وليه .

تنبيه ـ فى معنى الوصية للوارث الوقفُ عليه و إبراؤه من دين عليه أو هبته شيئاً فانه يتوقف على إجازة بقية الورثة ، نعم يستثنى من الوقف صورة واحدة ، وهى مالو وقف ما يخرج من الثلث على قدر نصيبهم كمن له ابن و بنت ، وله دار تخرج من ثلثه ، فوقف ثلثيها على الابن وثلثها على البنت فانه ينفذ ، ولا يحتاج إلى إجازة فى الأصح .

فائدة ـ من الحيل فى الوصية للوارث أن يقول : أوصيت لزيد بألف إن تبرع لولدى بخمسمائة مثلا ، فاذا قبل لزمه دفعها إليه ، ولا عبرة برد بقية الورثة و إجازتهم للوصية فى حياة الموصى إذ لا استحقاق لهم قبل موته ، والعبرة فى كون الموصى له وارثا بوقت الموت ، فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته صحت ، أو أوصى لأخيه وله

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مِنْ كلِّ بَالِغٍ عَاقِلٍ ، لِكُلِّ مُتَمَلِّكٍ

ابن فات قبل موت الموصى فهو وصية لوارث ، والوصية لكل وارث بقدر حصته شائعا من نصف وغيره لغو ، لأنه يستحقه بغير وصية ، وخرج بكل وارث مالو أوصى لبعضهم بقدر حصته شائعا كأن أوصى لأحد بنيه الثلاثة بثلث ماله فانه يصح ويتوقف على الإجازة ، فان أجيز أخذه ، وقسم الباقى بينهم بالسوية ، والوصيةُ لكل وارث بعين هى قدر حصته كأن أوصى لأحد ابنيه بعبد قيمته ألف وللآخر بدار قيمتها ألف وهما ما يملكه صحيحةٌ ، كما لو أوصى ببيع عين من ماله لزيد ، ولكن يفتقر إلى الإجازة فى الأصح ، لاختلاف الأغراض بالأعيان ومنافعها .

ثم شرع فى الركن الثانى وهو الموصى بقوله : (وتجوز) أى تصح (الوصية من كل مالك) بالغ (عاقل) حر ، مختار ، بالإجماع ، لأنها تبرع ولو كان كافرا حربيا أو غيره أو محجورا عليه بسَفَه أو فَلَس ، لصحة عبارتهم واحتياجهم للثواب ، فلا تصح من صبى ومجنون ومُغْمًى عليه ورقيق ولو مكاتبا ومُكْرَه كسائر العقود ولعدم ملك الرقيق أو ضعفه ، والسكران كالمكلف .

تنبيه ـ دخل فى الكافر المرتد ، فتصح وصيته ، نعم إن مات أو قتل كافرا بطلت وصيته ، لأن ملكه موقوف على الأصح .

والموصى له ـ وهو الركن الثالث ـ إما أن يكون معينا أو غير معين ، وقد شرع المصنف رحمه الله تعالى فى القسم الأول بقوله (لكل متملك) أى بأن يتصور له الملك عند موت الموصى ولو بمعاقدة وليه ، فلا تصح الوصية لدابة لأنها ليست أهلا للملك ، وقضية هذا أنها لا تصح لميت ، وهو كذلك ، وقول الرافعى فى باب التيمم « إنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قدم على المتنجس أو المحدث الحى على الأصح » ليس فى الحقيقة وصية لميت ، بل لوليه لأنه الذى يتولى أمره ، ويشترط فيه أيضا عدمُ المعصية ، وأن يكون معينا ، وأن يكون موجودا ، فلا تصح لكافر بمسلم لكونها

معصية ، ولا لأحد هذين الرجلين للجهل به ، نعم إن قال « أعطوا هذا لأحد هذين » صح كما لو قال لوكيله « بعه لأحد هذين » ولا لحمل سيحدث .

تنبيه — يؤخذ من اعتبار تصور الملك اشتراط كون الموصى به مملوكا للموصى ، فتمتنع الوصية بمال الغير ، وهو قضية كلام الرافعي فى الكتابة ، وقال النووى : قياس الباب الصحة : أى يصير موصى به إذا ملكه قبل موته ، ولو فسر الوصية للدابة بالصرف فى علفها صح ، لأن علفها على مالكها فهو المقصود بالوصية ، فيشترط قبوله ، ويتعين الصرف إلى جهة الدابة رعايةً لغرض الموصى ، ولا يسلم علفها للمالك ، بل يصرفه الوصى فان لم يكن فالقاضى ولو بنائبه ، وتصح لكافر ولو حربياً أومرتداً وقاتل بحق أو بغيره ، كالصدقة عليهما والهبة لهما ، وصورتها فى القاتل أن يوصى لرجل فيقتله ، ولحمل إن انفصل حيا حياة مستقرة لدون ستة أشهر منها ، للعلم بأنه كان موجوداً عندها ، أو لأكثر منه ولأربع سنين فأقل منها ولم تكن المرأة فراشاً لزوج أو سيد ، فان كانت فراشاً له أو انفصل لأكثر من أربع سنين لم تصح الوصية ، لاحتمال حدوثه معها أو بعدها فى الأولى ، ولعدم وجوده عندها فى الثانية ، وتصح لعمارة مسجد ومصالحه ، ومطلقةً ، وتحمل عند الإطلاق عليهما عملا بالعرف ، فان قال «أردت تمليكه» فقيل : تبطل الوصية ، وبحث الرافعى صحتها بأن للمسجد ملكا ، وعليه وقفاً ، قال النووى : هذا هو الأفقه الأرجح .

ثم شرع فى القسم الثانى ، وهو الوصية لغير معين ، بقوله (و) تجوز الوصية (فى سبيل الله) تعالى ، لأنه من القربات ، وتُصْرَف إلى الغزاة من أهل الزكاة لثبوت هذا الاسم لهم فى عرف الشرع ، ويشترط فى الوصية لغير معين : أن لا يكون جهة معصية كعمارة كنيسة للتعبد فيها وكتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما وكتابة كتب الفلسفة وسائر العلوم المحرمة ، ومن ذلك الوصية لدهن سراج الكنيسة تعظيما لها ، أما إذا قصد انتفاع

. . . .

المقيمين والمجاورين بضوئها فالوصية جائزة ، و إن خالف فى ذلك الأذرعى، وسواءأوصى بما ذكر مسلم أم كافر ، و إذا انتفت المعصية فلا فرق بين أن تكون قربة كالفقراء و بناء المساجد ، أو مباحة لايظهر فيها قربة كالوصية للأغنياء وفك أسارى الكفار من المسلمين لأن القصد من الوصية تدارك ما فات فى حال الحياة من الإحسان ، فلا يجوز أن تكون معصية .

تنبيه — سكت المصنف رحمه الله تعالى عن الصيغة ، وهى الركن الرابع ، وشرط فيها لفظ يشعر بالوصية ، وفى معناه ما مر فى الضمان ، وهى تنقسم إلى صريح : كأوصيت له بكذا ، أو أعطوه له ، أوهو له ، أو وهبته له ، بعد موتى فى الثلاثة ، وإلى كناية : كهو له من مالى ، ومعلوم أن الكناية تفتقر إلى النية ، والكتابة كناية ، فتنعقد بها مع النية كالبيع ، وأولى ، فلو اقتصر على قوله « هو له » فقط ، فاقرار لا وصية.

وتلزم الوصية بموت ، لكن مع قبول بعده ولو بتراخ فى موصى له معين ، و إن تعدد ، ولا يشترط القبول فى غير معين كالفقراء ، و يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم ، و إنما لم يشترط الفور فى القبول لأنه إنما يشترط فى العقود التى يشترط فيها ارتباط القبول بالإيجاب ، ولا يصح قبول ولا رد فى حياة الموصى ، إذ لا حق له قبل الموت ، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، فلمن قبل فى الحياة الرد بعد الموت، وبالعكس ، و يصح الرد بين الموت والقبول ، لا بعدهما و بعد القبض ، وأما بعد القبول وقبل القبض فالأوجه عدم الصحة ، كما صححه النووى فى الروضة كأصلها ، و إن صحح فى تصحيحه الصحة ، فإن مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية ، لأنها قبل الموت غير لازمة فبطلت بالموت ، و إن مات بعد الموصى وقبل القبول والرد خلفه وارثه فيهما ، فان كان الوارث بيت المال فالقابل والراد هو الإمام ، وملك الموصى له المعين الموصى به الذى ليس باعتاق بعد موت الموصى وقبل القبول موقوف : إن قبل بان أنه ملكه بالموت ،

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى مَنِ اجْتَمَعَتْ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ :

و إن رد بَانَ أنه للوارث ، و يتبعه فى الوقف الفوائد الحاصلة من الموصى به كثمرة وكسب والمؤنة ولو فِطْرة ، و يطالب الوارث الموصى له أو الرقيق الموصَى به أو القائم مقامهما مِنْ وَلى ووصىٍّ بالمؤن إن توقف فى قبول ورد ، كما لو امتنع مُطَلِّقُ إحدى زوجتيه من التعيين فان لم يقبل أو لم يرد خيره الحاكم بين القبول والرد ، فان لم يفعل حكم بالبطلان، كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء ، أما لو أوصى باعتاق رقيق فالملك فيه للوارث إلى إعتاقه فالمؤنة عليه ، وللموصى رجوع عن وصيته ، وعن بعضها ، بنحو : نقضتها ، كأبطلتها ، و بنحو قوله « هذا لوارثى » مشيراً إلى الموصى به ، و بنحو بَيْع ورَهْن وكتابة لما وصى به ، ولو بلاقبول ، و بوصية بذلك وتوكيل به وعرض عليه وخَلْطه براً معيناً وصَّى به وخلطه صُبْرة وصى بصاع منها بأجود منها وطَحْنه براً وصَّى به و بَذْره له وعجنه دقيقاً وصى به وغزله قطناً وصى به ونسْجه غزلا وصى به وقطعه ثوباً وصى به قميصاً و بنائه وغراسه بأرض وصى بها .

ثم شرع فى الإيصاء — وهو إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت — بقوله (وتصح الوصية) بمعنى الإيصاء فى التصرفات المالية المباحة ، يقال : أوصيت لفلان بكذا ، وأوصيت إليه وَوصَّيته ، إذا جعلته وصيًّا .

وقد أوصى ابن مسعود رضى الله عنه فكتب « وصيتى إلى الله تعالى و إلى الزبير وابنه عبد الله » .

وأركان الإيصاء أربعة : موصٍ ، ووصِيٌّ ، وموصًى فيه ، وصيغة .

وشرط فى الموصى بقضاء حق كدين وتنفيذ وصية ورد وديعة وعارية : مامر فى الموصى بمال ، وقد مر بيانه

وشرط فى الموصى بنحو أمر طفل كمجنون ومحجور سَفَه مع مامر : ولاية له عليه ابتداء من الشرع ، لا بتفويض ؛ فلا يصح الإيصاء ممن فقد شيئاً من ذلك كصبى ومجنون ومكره ومن به رق وأم وعم ووصى لم يؤذن له فيه .

و يصح الإيصاء (إلى من اجتمعت فيه خمس شرائط) عند الموت ، وترك سادساً

الْإِسْلَامُ ، وَالْبُلُوغُ ، وَالْعَقْلُ ، وَالْحُرِّيَّةُ ، وَالْأَمَانَةَ

وسابعاً كما ستعرفه : الأول:(الإسلام) فى مسلم (و) الثانى (البلوغ ،و) الثالث (العقل،و) الرابع(الحرية ، و) الخامس(الأمانة) وعبر بعضهم عنها بالعدالة ولو ظاهرة ، وكلاهما صحيح والسادس : الاهتداء إلى التصرف كما هو الصحيح فى الروضة ، والسابع : عدم عداوة منه للمولى عليه ، وعدم جهالة ، فلا يصح الإيصاء إلى من فقد شيئاً من ذلك ، كصبى ومجنون وفاسق ومجهول ومن به رق أو عداوة وكافر على مسلم ومن لا يكفى فى التصرف لسفه أو هرم أو لغيره ؛ لعدم الأهلية فى بعضهم وللتهمة فى الباقى ، ويصح الإيصاء إلى كافر معصوم عدل فى دينه على كافر ، واعتبرت الشروط عند الموت ، لا عند الإيصاء ولا بينهما ، لأنه وقت التسلط على القبول ، حتى لو أوصى لمن خلا عن الشروط أو بعضها كصبى ورقيق ثم استكملهما عند الموت صح ، ولا يضر عمى ، لأن الأعمى متمكن من التوكيل فيما لا يتمكن منه ، ولا أنوثة لما فى سنن أبى داود أن عمر رضى الله عنه « أوصى إلى حفصة » والأم أولى من غيرها إذا حصلت الشروط فيها عند الموت ، وينعزل ولى بفسق ، لا إمام ، لتعلق المصالح الكلية بولايته .

وشرط فى الموصى فيه كونه تصرفاً مالياً مباحا ؛ فلا يصح الإيصاء فى تزويج ، لأن غير الأب والجد لا يزوج الصغير والصغيرة ، ولا فى معصية كبناء كنيسة لمنافاتها له لكونه قربة .

وشرط فى الصيغة إيجاب بلفظ يشعر بالإيصاء ، وفى معناه ما مر فى الضمان : كأوصيت إليك ، أو فوضت إليك ، أو جعلتك وصياً ، ولو كان الايجاب مؤقتا ومعلقا : كأوصيت إليك إلى بلوغ ابنى ، أو قدوم زيد ، فاذا بلغ أو قدم فهو الوصى ، لانه يحتمل الجهالات والأخطار ، وقبول ، كوكالة فيكتفى بالعمل ، ويكون القبول بعد الموت متى شاء كما فى الوصية بمال مع بيان ما يوصى فيه ، فلو اقتصر على « أوصيت إليك » مثلا لغا .

خاتمة ـ يسن إيصاء بأمر نحو طفل كمجنون ، و بقضاء حق إن لم يعجز عنه حالا أو عجز و به شهود . ولايصح الإيصاء من أب على نحو طفل والجد بصفة الولاية عليه . لأن ولايته ثابتة شرعا ، ولو أوصى اثنين وقبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا باذنه له بالانفراد عملا بالإذن . نعم له الانفراد برد الحقوق وتنفيذ وصية معينة وقضاء دين فى التركة جنسه ، و إن لم يأذن له

ولكل من الموصى والوصى رجوع عن الإيصاء متى شاء ، لأنه عقد جائز إلا أن يتعين الوصى ، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره ، فليس له الرجوع ، وصدق بيمينه ولى ، وصياً كان أو قيما أوغيره ، فى إنفاق على موليه لائق بالحال ، لا فى دفع المال إليه بعد كماله ، فلا يصدق ، بل المصدق موليه ، إذ لا يعسر إقامة البينة عليه ، بخلاف الإنفاق ، ولو قال « أوصيت إلى الله تعالى و إلى زيد » حمل ذكر الله تعالى على التبرك ، ولو خاف الوصى على المال من استيلاء ظالم فله تخليصه بشىء منه ، والله يعلم المفسد من المصلح ، قال الأذرعى : ومن هذا مالو علم أنه لو لم يبذل شيئاً لقاضى سوء انتزع منه المال ، وسلمه لبعض خونته ، وأدى ذلك الى استئصاله ، و يقرب من ذلك قول ابن عبد السلام : يجوز تعييب مال اليتيم أو السفيه أو المجنون لحفظه إذا خيف عليه الغصب ، كما فى قصة الخضر ، عليه السلام ، ونفعنا الله ببركته فى الدنيا والآخرة ، آمين .

كتاب النكاح

هو لغة : الضم والجمع ، ومنه « تناكحت الأشجار » إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض ، وشرعا : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أوتزويج أو ترجمته

والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعاً ، ولأصحابنا فى موضوعه الشرعى ثلاثة

وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِن الْأَحْكَامِ وَالْقَضَايَا ﴾

اَلنِّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ

أوجه : أصحها أنه حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء ، كما جاء به القرآن والأخبار ، ولا يرد على ذلك قوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » لأن المراد العقد ، والوطء مستفاد من خبر الصحيحين « حتى تذوقى عُسَيْلته ويذوق عُسَيْلتك »

وعقد النكاح لازم من جهة الزوجة ، وكذا من جهة الزوج على الأصح ، وهل كل من الزوجين معقود عليه أو الزوجة فقط ؟ وجهان أوجههما الثانى ، وهل هو ملك أو إباحة ؟ وجهان أوجههما الثانى أيضاً

والأصل فى حِلّه الكتابُ والسنة وإجماع الأمة ، فمن الكتاب قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتى فليستسن بسنتى ، ومن سنتى النكاح »

وزاد المصنف فى الترجمة (وما يتعلق به من) بعض (الأحكام) كصحة وفساد (و) من (القضايا) الآتى ذكر بعضها فى الفصول الآتية

(والنكاح) بمعنى التزويج (مستحب) لتائق له بتوقانه للوطء إن وجد أهبته من مَهْر وكسوة فصل التمكين ونفقة يومه تحصيناً لدينه ، سواء أكان مشتغلا بالعبادة أم لا ، فإن فقد أهبته فتركه أولى ، وكَسَر إرشاداً توقانه بصوم لخبر « يامعشر الشبابِ من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » أى : قاطع لتوقانه ، والباءة - بالمد - مؤن النكاح ، فإن لم ينكسر بالصوم فلا يكسره بالكافور ونحوه ، بل يتزوج ، وكره النكاح لغير التائق له لعلة أو غيرها إن فقد أهبته أو وجدها وكان به علة كهرم وتعنين لانتفاء حاجته ، مع التزام فاقد الأهبة مالا يقدر عليه ، وخطر القيام بواجبه فيمن عداه ، وإن وجدها ولا علة به فتخلٍّ لعبادة أفضل من النكاح إن كان متعبداً اهتماما بها ، فإن لم يتعبد فالنكاح أفضل من

لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَرْبَعِ حَرَائِرَ

تركه لئلا تفضى به البطالة إلى الفواحش ، و يستثنى من إطلاق المصنف ما لو كان فى دار الحرب فانه لا يستحب له النكاح و إن اجتمعت فيه الشروط كما نص عليه الشافعى ، وعلله بالخوف على ولده من الكفر والاسترقاق

تنبيه - نص فى الأم وغيرها على أن المرأة التائقة يسن لها النكاح ، وفى معناها المحتاجة إلى النفقة والخائفة من اقتحام الفَجَرة ، و يوافقه ما فى التنبيه من أن من جاز لها النكاح إن كانت محتاجة إليه استحبَّ لها النكاح ، و إلا كره ، فما قيل « إنه يستحب لها ذلك مطلقاً » مردود

و يسن أن يتزوج ببكر، لخبر الصحيحين عن جابر « هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك » إلا لعذر كضعف آلته عن الافتضاض أو احتياجه لمن يقوم على عياله ، دينةٍ لا فاسقةٍ ، جميلة وَلُودٍ لخبر الصحيحين « تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولجمالها ، ولحسبها ، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك » أى : افتقرت إن لم تفعل ، واستغنيت إن فعلت ، وخبر « تزوجوا الولود الودود فانى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » و يُعرف كون البكر ولوداً بأقاربها ، نسيبةٍ : أى طيبة الأصل ، لخبر « تخيروا لنطفكم » غيرِ ذات قرابة قريبة: بأن تكون أجنبية أو ذات قرابة بعيدة لضعف الشهوة فى القريبة فيجىء الولد نحيفاً .

(و يجوز للحر أن يجمع) فى نكاح (بين أربع حرائر) فقط ، لقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، مثنى وثلاث ورباع » ولقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان وقد أسلم وتحته عشر نسوة « أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن » و اذا امتنع فى الدوام ففى الابتداء أولى

فائدة - ذكر ابن عبد السلام أنه كان فى شريعة موسى عليه السلام الجواز من غير حصر تغليباً لمصلحة الرجال ، وفى شريعة عيسى عليه السلام لا يجوز غير واحدة تغليباً لمصلحة النساء ، وراعت شريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى سائر الأنبياء

وَلِلْعَبْدِ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ، وَلاَ يَنْكِحُ الْحُرُّ أَمَةً إِلاَّ بِشَرْطَيْنِ: عَدَمِ صَدَاقِ الْحُرَّةِ

والمرسلين مصلحة النوعين ، قال ابن النقيب : والحكمة فى تخصيص الحر بأربع أن المقصود من النكاح الألفة والمؤانسة ، وذلك يفوت مع الزيادة على الأربع ، ولأنه بالقَسْم يغيب عن كل واحدة منهن ثلاث ليال وهى مدة قريبة ، اه

وقد تتعين الواحدة للحر ، وذلك فى كل نكاح يتوقف على الحاجة كالسفيه والمجنون وقال بعض الخوارج : الآية تدل على جواز تسع مثنى باثنين وثلاث بثلاث ورباع بأربع ، ومجموع ذلك تسع ، وبعض منهم قال : تدل على ثمانيةِ عشر مثنى اثنين اثنين وثلاث ثلاثة ثلاثة ورباع أربعة أربعة ، ومجموع ذلك ماذكر ، وهذا خرق للإجماع

تنبيه - استفيد من تقييد المصنف بالحرائر جواز الجمع بين الإماء بملك اليمين من غير حصر ، سواء أكن مع الحرائر أم منفردات ، وهو كذلك ، لإطلاق قوله تعالى «فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أوماملكت أيمانكم »

(و) يجوز (للعبد أن يجمع بين اثنتين) فقط ، لأن الحكم بن عتبة نقل إجماع الصحابة فيه ، ولأنه على النصف من الحر ، ولأن النكاح من باب الفضائل ، فلم يلحق العبد فيه الحر ، كما لم يلحق الحر بمنصب النبوة فى الزيادة على الأربع ، والمبعض كالقن كما صرح به أبو حامد والماوردى وغيرهما

فلو نكح الحر خمسا مثلا بعقد واحد أو العبد ثلاثا كذلك بطلن إذ ليس إبطال نكاح واحدة بأولى من الأخرى ، فبطل الجميع ، كما لو جمع بين اختين ، أو مرتباً فالخامسة للحر والثالثة للعبد يبطل نكاحها ، لأن الزيادة على العدد الشرعى حصلت بها .

(ولا ينكح الحر أمة) لغيره (إلا بشرطين) بل بثلاثة ، وإن عم الثالث الحر وغيره ، واختص بالمسلم .

أول الثلاثة : (عدم) قدرته على (صداق الحرة) ولو كتابية تصلح تلك الحرة للاستمتاع بها ، أو قدر على صداقها ولم يجدها ، أو وجدها ولم ترض إلا بزيادة على مهر

مثلها ، أو لم ترض بنكاحه لقصور نسبه ونحوه ، أو كانت تحته مَنْ لم تصلح للاستمتاع كصغيرة لا تحتمل الوطء أو رَتْقَاء أو قرناء أو هرمة أو نحو ذلك ، فلو قدر على حرة غائبة عن بلده حلت له الأمة إن لحقته مشقة ظاهرة فى قَصْدها ، وضبط الإمام المشقة بأن ينسب متحملها فى طلب الزوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد ، أو خاف زنا مدة قصد الحرة ، والإفلا تحل له الأمة ويجب السفر للحرة ، لكن محله كما قال الزركشى إذا أمكن انتقالها معه إل وطنه ، و إلا فهى كالمعدومة لما فى تكليفه المقام معها هناك من التغريب ، والرخص لا تحتمل هذا التضييق ، ولا يمنع ماله الغائبُ نكاحَ الأمة ، ولو قدر على حرة ببيع مسكنه حلت له الأمة ، ولو وجد حرة ترضى بمؤجل ولم يجد المهر أو ترضى بدون مهر المثل وهو واجده حلت له الأمة فى الصورة الأولى ، لأن ذمته تصير مشغولة فى الحال ، وقد لا يجده عند حلول الأجل ، دون الصورة الثانية ، لقدرته على نكاح حرة ، والمنة فى ذلك قليلة ، إذ العادة المسامحة فى المهور ، ولو رضيت حرة بلا مهر حلت له الأمة أيضاً لوجوب مهرها بالوطء .

(و) ثانى الشروط : (خوف العَنَتِ) وهو الوقوع فى الزنا ، بأن تغلب شهوته وتضعف تقواه ، و إن لم يغلب على ظنه وقوع الزنا بل توقعه لا على ندور ، فمن ضعفت شهوته وله تقوى أو مروءة أو حياء يستقبح معه الزنا أو قويت شهوته وتقواه لم تحل له الأمة ، لأنه لايخاف الزنا ، فلا يجوز له أن يُرِق ولده لقضاء وطر أو كسر شهوة ، وأصل العنت المشقة ، سمى به الزنا لأنه سببها بالحد فى الدنيا والعقوبة فى الآخرة .

والأصل فى ذلك قوله تعالى «ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم» إلى قوله « ذلك لمن خشى العنت منكم » والطَّوْل : السعة ، والمراد بالمحصنات الحرائر ، قال الرويانى : و بالعنت عمومه لا خصوصه ، حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوة ميله إليها وحبه لها فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً للطَّوْل

وَنظَرُ الرَّجُلِ إِلَى المَرْأَةِ عَلَى سَبْعَةِ أَضْرُبٍ :

لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا ، لأن هذا تهييج من البطالة و إطالة الفكر ، وكم من إنسان ابتلى به وسلاه ، اه . والوجه ترك التقييد بوجود الطول ، لأنه يقتضى جواز نكاحها عند فقد الطول ، فيفوت اعتبار عموم العنت ، مع أن وجود الطول كافٍ فى المنع من نكاحها .

وبهذا الشرط علم أن الحر لا ينكح أمتين ، وأن الممسوح والمجبوب ذكره لا يحل له نكاح الأمة مطلقاً ، وهو كذلك ، إذ لا يتصور منه الزنا

ولو وجدت الأمة زوجها مجبوباً وأرادتَ إبطال النكاح وادعى الزوج حدوث الجب بعد النكاح وأمكن حُكِمَ بصحة نكاحه ، فان لم يمكن حدوثه بأن كان الموضع مندملا وقد عقد النكاح أمسِ حكم ببطلان النكاح .

والشرط الثالث إسلامها لمسلم حر أو غيره كما مر ، فلا تحل له كتابية ، أما الحر فلقوله تعالى « فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » وأما غير الحر فلأن المانع من نكاحها كفرها فساوى الحر كالمرتدة والمجوسية ، ومَنْ بعضها رقيق و باقيها حر حكمها كرقيق كلها فلا ينكحها الحر إلا بالشروط السابقة ، لأن إرقاق بعض الولد محذور ، وفى جواز نكاح أمة مع تيسر مبعضة تردد للامام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله ، وعلى تعليل المنع اقتصر الشيخان ، قال الزركشى : وهو المرجح ، أما غير المسلم من حر وغيره ككتابيين فيحل له أمة كتابية لاستوائهما فى الدين ، ولابد فى نكاح الحر الكتابى الأمةَ الكتابيةَ من أن يخاف الزنا و يفقد الحرة كما فهمه السبكى من كلامهم ، واعلم أنه لا يحل للحر مطلقاً نكاح أمة ولده ولا أمة مكاتبه ولا أمة موقوفة عليه ولا موصًى له بخدمتها .

(ونَظَرُ الرجل) الفحل البالغ العاقل (إلى المرأة) ولو غير مشتهاة (على سبعة أضرب) بتقديم السين على الموحدة ، فخرج بقيد الرجل المرأة ، وسيأتى حكم نظرها

أَحَدُهَا : نَظَرُهُ إِلَى أَجْنَبِيَّةٍ لِغَيْرِ حَاجَةٍ ؛ فَغَيْرُ جَائِزٍ

لمثلها ، لكن عبارته توهم خروج الخنثى المشكل ، والصحيح أن حكمه فى النظر حكم الرجل ، و بقيد الفحل الممسوح فنظره للأجنبية جائز على الأصح كنظر الفحل إلى محارمه .

تنبيه — شمل قول المصنف « الرجل » الفحلَ ، والخصى وهو : من قلعت أنثياه و بقى ذكره ، والمجبوب — بالموحدة — وهو : من قطع ذكره و بقى أنثياه ، والعنين ، والشيخ الهرم ، والمخنث وهو — بكسر النون على الأفصح — المتشبه بالنساء

و بقيد البالغ الصبى ولو مميزاً ، لكن المراهق هنا كالبالغ على الأصح ، و بقيد العاقل المجنون ، فنظره لا يوصف بتحريم كالبهيمة .

(أحدها : نظره) أى الرجل (إلى) بدن امرأة (أجنبية) غير الوجه والكفين ولو غير مشتهاة قصداً (لغير حاجة) مما سيأتى (فغير جائز) قطعاً ، و إن أمن الفتنة ، وأما نظره إلى الوجه والكفين فحرام عند خوف فتنة تدعو إلى الاختلاء بها لجماع أو مقدماته بالإجماع ، كما قاله الإمام ، ولو نظر إليهما بشهوة وهى قصد التلذذ بالنظر المجرد وأمن الفتنه حرم قطعا ، وكذا يحرم النظر إليهما عند الأمن من الفتنة فيما يظهر له من نفسه من غير شهوة على الصحيح كما فى المنهاج كأصله ، ووجَّهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات الوجوه ، و بأن النظر مظنة الفتنة ومحرك للشهوة ، وقد قال تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم » واللائق بمحاسن الشريعة سد الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية ، وقيل : لا يحرم لقوله تعالى « ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » وهو مفسر بالوجه والكفين ، ونسبه الإمام للجمهور ، والشيخان للأكثرين ، وقال فى المهمات : إنه الصواب لكون الأكثرين عليه ، وقال البلقينى : الترجيح بقوة المدرك ، والفتوى على ما فى المنهاج ، اه ، وكلام المصنف شامل لذلك وهو المعتمد ، وخرج بقيد القصد ما إذا حصل النظر اتفاقا فلا إثم فيه

وَالثَّانِي : نَظَرُهُ إِلَى زَوْجَتِهِ أَوْ أَمَتِهِ ؛ فَيَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَاعَدَا الْفَرْجِ

(و) الضرب (الثانى : نظره) أى الرجل (إلى) بدن (زوجته ، و) إلى بدن (أمته) التى يحل له الاستمتاع بها (فيجوز) حينئذ (أن ينظر إلى) كل بدنهما حال حياتهما لأنه محل استمتاعه (ما عدا الفرج) المباح منهما ، فلا يجوز جوازا مستوى الطرفين ، فيكره النظر إليه بلا حاجة ، و إلى باطنه أشد كراهة . قالت عائشة رضى الله تعالى عنها « ما رأيت منه ولا رأى منى » أى الفرج ، وأما خبر « النظر إلى الفرج يورث الطمس » أى العمى كما ورد كذلك فرواه ابن حبان وغيره فى الضعفاء ، بل ذكره ابن الجوزى فى الموضوعات ، وقال ابن عدى : حديث منكر ، حكاه عنه ابن القطان فى كتابه المسمى بـ « النظر ، فى أحكام النظر » وخالف ابن الصلاح وحسن إسناده ، وقال : أخطأ من ذكره فى الموضوعات ، ومع ذلك هو محمول على الكراهة كما قاله الرافعى ، وإن كان كلام المصنف يوهم الحرمة ، واختلفوا فى قوله « يورث العمى » فقيل : فى الناظر ، وقيل : فى الولد ، وقيل : فى القلب ، ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها .

تنبيه ـ شمل كلامهم الدبر ، وقول الإمام « والتلذذ بالدبر بلا إيلاج جائز » صريح فيه ، وهو المعتمد ، وإن خالف فى ذلك الدارمى وقال بحرمة النظر إليه ويستثنى زوجته المعتدة عن وطء الغير بشبهة فإنه يحرم عليه نظر مابين السرة والركبة ، ويحل ما سواه على الصحيح ، قال الزركشى : ولا يجوز للمرأة أن تنظر إلى عورة زوجها إذا منعها منه ، بخلاف العكس ، لأنه يملك التمتع بها ، بخلاف العكس ، اهـ ، وهو ظاهر ، وإن توقف فيه بعضهم ، وخرج بقيد الحياة ما بعد الموت فيصير الزوج فى النظر حينئذ كالمحرم كما قاله فى المجموع ، ومقتضى التشبيه بالمحرم أنه يحرم النظر إليها بشهوة فى غير ما بين السرة والركبة ، وإلى ما بينهما بغير شهوة ، ومثل الزوج السيد فى أمته التى يحل له الاستمتاع بها ، أما التى لا يحل له فيها ذلك بكتابة أو تزويج أو شركة أو كفر

مِنْهُمَا . وَالثَّالِثُ : نَظَرُهُ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ أَوْ أَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ ؛ فَيَجُوزُ فِيمَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ . وَالرَّابِعُ : النَّظَرُ لِأَجْلِ النِّكَاحِ ؛ فَيَجُوزُ

كتوثن وردة وعدة من غيره ونسب ورضاع ومصاهرة ونحو ذلك فيحرم عليه نظره منها إلى ما بين سرة وركبة ، دون ما زاد ، أما المحرمة بعارض قريب الزوال كحيض ورهن فلا يحرم نظره إليها .

(و) الضرب (الثالث : نظره إلى ذوات محارمه) من نسب أو رضاع أو مصاهرة (أو) إلى (أمته المزوَّجة) ومثلها التى يحرم الاستمتاع بها كالمكاتبة والمعتدَّة والمشتركة والمرتدة والمجوسية والوثنية (فيجوز) بغير شهوة فيما عدا ما بين السرة والركبة منهن ، لأن المحرمية معنى يوجب حرمة المناكحة فكانا كالرجلين والمرأتين ، والمانع المذكور فى الأمة صيرها كالمحرم ، أما ما بين السرة والركبة فيحرم نظره فى المحرم إجماعا ، ومثل المحرم الأمة المذكورة ، وأما النظر إلى السرة والركبة فيجوز لأنهما ليسا بعورة بالنسبة لنظر المحرم والسيد ، فهذه العبارة أولى من عبارة ابن المقرى تبعاً لغيره بما فوق السرة وتحت الركبة ، وخرج بقيد عدم الشهوة النظر بها فيحرم مطلقاً فى كل ما لا يباح له الاستمتاع به ، ولكن النظر فى الخِطبة يجوز ولو بشهوة كما سيأتى فى قوله

(و) الضرب (الرابع النظر) المسنون (لأجل النكاح فيجوز) بل يسن إذا قصد نكاحها ورجا رجاء ظاهراً أنه يُجاب إلى خِطبته كما قاله ابن عبد السلام لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة « انظر إليها فإنه أحرى أن يُودِمَ بينكما المودة والألفة » ومعنى يودم : أى يدوم ، فقدم الواو على الدال ، وقيل من الإدام مأخوذ من إدام الطعام لأنه يطيب به ، حكى الأول الماوردى عن المحدثين ، والثانى عن أهل اللغة ، ووقت النظر قبل الخِطبة وبعد العزم على النكاح ، لأنه قبل العزم لاحاجة إليه ، وبعد الخطبة قد يفضى الحال إلى الترك فيشق عليها ، ولا يتوقف النظر على إذنها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع ، ولئلا تتزين فيفوت غرضه ، وله تكرير نظره إن

إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ وَالخَامِسُ : النَّظَرُ لِلْمُدَاوَاةِ ؛ فَيَجُوزُ إِلَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا

احتاج إليه ليتبين هيئتها ، فلا يندم بعد النكاح ، والضابط فى ذلك الحاجة ، ولا يتقيد بثلاث مرات ، وسواء أكان بشهوة أم بغيرها كما قاله الإمام والرويانى ، وإن قال الأذْرَعى : فى نظره بشهوة نظر ، ويَنْظُر فى الحرة (إلى) جميع (الوجه والكفين) ظهراً وبطناً ، لأنهما مواضع مايظهر من الزينة المشار إليها فى قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها » ولا يجوز أن ينظر إلى غير ذلك ، والحكمة فى الاقتصار عليه أن فى الوجه ما يستدل به على الجمال ، وفى اليدين مايستدل به على خِصْبِ البدن ، أما الأمة ولو مبعضة فينظر منها ما عدا مابين السرة والركبة كما صرح به ابن الرفعة وقال : إنه مفهوم كلامهم ، فان لم يتيسر نظره إليها أو لم يرده بَعَث امرأة أو نحوها تتأملها وتصفها له ، ويجوز للمبعوث أن يصف للباعث زائداً على ماينظره ، فيستفيد بالبعث مالا يستفيده بنظره ، ويسن للمرأة أيضاً أن تنظر من الرجل غير عورته إذا أرادت تزويجه فإنها يعجبها منه مايعجبه منها ، وتستوصف كما مر فى الرجل

تنبيه ـ قد علم مما تقرر أن كلا من الزوجين ينظر من الآخر ماعدا عورة الصلاة ، وخرج بالنظر اللمس ؛ فلا يجوز ؛ إذ لا حاجة إليه .

(و) الضرب (الخامس : النظر للمداواة) كفَصْدٍ وحجامة وعلاج ولو فى فرج (فيجوز إلى المواضع التى يحتاج إليها) فقط ، لأن فى التحريم حينئذ حرَجاً ، فللرجل مداواة المرأة وعكسه ، وليكن ذلك بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة إن جوزنا خلوة أجنبى بامرأتين وهو الراجح ، ويشترط عدم امرأة يمكنها تعاطى ذلك من امرأة وعكسه كما صححه فى زيادة الروضة ، وأن لا يكون ذميا مع وجود مسلم ، وقياسه ـ كما قال الأذرعى ـ أن لا تكون كافرة أجنبية مع وجود مسلمة على الأصح ، ولو لم نجد لعلاج المرأة إلا كافرة ومسلما فالظاهر أن الكافرة تقدم ، لأن نظرها ومسها أخف من الرجل ،

وَالسَّادِسُ: النَّظَرُ لِلشَّهَادَةِ أَوْ لِلْمُعَامَلَةِ؛ فَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْوَجْهِ خَاصَّةً. وَالسَّابِعُ: النَّظَرُ إِلَى الْأَمَةِ عِنْدَ ابْتِيَاعِهَا؛ فَيَجُوزُ إِلَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَى تَقْلِيبِهَا

بل الأشبه عند الشيخين أنها تنظر منها ما يبدو عند المهنة ، بخلاف الرجل ، وقيد فى الكافى الطبيب بالأمين ، فلا يعدل إلى غيره مع وجوده ، وشرط الماوردى أن يأمن الافتتان ، ولا يكشف إلا قدر الحاجة ، وفى معنى ما ذكر نظر الخاتن إلى فرج مَنْ يختنه ، ونظر القابلة إلى فرج التى تولدها ، و يعتبر فى النظر إلى الوجه والكفين مطلق الحاجة ، وفى غيرهما - ما عدا السوأتين - تأكدها ، بأن يكون مما يبيح التيمم كشدة الضنا ، وفى السوأتين مزيد تأكدها بأن لا يعد التكشف بسببها هتكا للمروءة .

(و) الضرب (السادس : النظر للشهادة) تحملا وأداء (وللمعاملة) من بيع وغيره (فيجوز) حتى يجوز فى الشهادة النظر إلى الفرج للشهادة على الزنا والولادة ، و إلى الثدى للشهادة على الرضاع ، و إذا نظر إليها وتحمل الشهادة عليها كلفت الكشف عن وجهها عند الأداء إن لم يعرفها فى نقابها ، فإن عرفها لم يفتقر إلى الكشف ، بل يحرم النظر حينئذ ، و يجوز النظر إلى عانة ولد الكافر لينظر هل نبتت أو لا ، و يجوز للنسوة أن ينظرن إلى ذكر الرجل إذا ادعت المرأة عبالته ، وامتنعت من التمكين.

تنبيه — هذا كله إذا لم يخف فتنة ، فان خافها لم ينظر ، إلا إن تعينَ عليه فينظر و يضبط نفسه ، وأما فى المعاملة فينظر إلى الوجه فقط كما جزم به الماوردى وغيره .

(و) الضرب (السابع : النظر إلى) بدن (الأمة عند ابتياعها) أى إذا أراد أن يشتريها رجل ، أو إلى بدن عبد إذا أرادت أن تشتريه امرأة (فيجوز إلى المواضع التى يحتاج إلى تقليبها) فينظر الرجل إذا اشترى جارية أو اشترت المرأة عبداً ما عدا ما بين السرة والركبة ، قال الماوردى : ولا يزاد على النظرة الواحدة ، إلا أن يحتاج إلى ثانية للتحقق فيجوز .

. . . .

تنبيه — سكت المصنف عن النظر إلى أشياء اختصاراً ، منها النظر للتعليم كما قاله النووى فى المنهاج ، واختلف الشراح فى معنى ذلك : فقال السبكى : إنما يظهر فيما يجب تعلمه وتعليمه كالفاتحة ، وما يتعين تعليمه من الصنائع المحتاج إليها ، بشرط التعذر من وراء حجاب ، وأما غير ذلك فكلامهم يقتضى المنع ، ومنهم النووى حيث قال فى الصداق : ولو أصدقها تعليم قرآن فطلق قبله فالأصح تعذر تعليمه ، وقال الجلال المحلى : وهو — أى التعليم — للأمرد خاصة كما سيأتى ، ويشير بذلك إلى مسألة الصداق ، والمعتمد أنه يجوز النظر للتعليم للأمرد وغيره ، واجباً كان أو مندوبا ، وإنما منع من تعليم الزوجة المطلقة لأن كلا من الزوجين تعلقت آماله بالآخر ، فصار لكل منهما طمعة فى الآخر ، فمنع من ذلك . ومنها نظر المرأة إلى محرمها ، وحكمه كعكسه ، فتنظر منه ما عدا ما بين سُرته وركبته . ومنها نظر المرأة إلى بدن أجنبى ، والأصح أنه كنظره إليها . ومنها نظر رجل إلى رجل ، فيحل بلا شهوة ، إلا ما بين سرة وركبة فيحرم . ومنها نظر الأمرد — وهو الشاب الذى لم تنبت لحيته ، ولا يقال لمن أسن ولا شعر بوجهه أمرد ، بل يقال له : ثط ، بالثاء المثلثة — فإن كان بشهوة فهو حرام بالإجماع ، ولا يختص ذلك بالأمرد كما مر ، بل النظر إلى الملتحى وإلى النساء المحارم بشهوة حرام قطعاً وضابط الشهوة فيه كما قاله فى الإحياء أن كل من تأثر بجمال صورة الأمرد بحيث يظهر من نفسه الفرق بينه وبين الملتحى فهو لا يحل له النظر ، ولو انتفت الشهوة وخيف الفتنة حرم النظر أيضاً ، قال ابن الصلاح : وليس المعنى بخوف الفتنة غلبة الظن بوقوعها ، بل يكفى أن لا يكون ذلك نادراً ، وأما نظره بغير شهوة ولا خوف فتنة فيحرم عند النووى أيضاً ، والأكثرون على خلافه . ومنها النظر إلى الأمة ، وهى كالحرة على الأصح عند المحققين . ومنها نظر المرأة إلى مثلها ، وهو كنظر رجل إلى رجل ، وأما الخنثى المشكل فيعامل بالأشد ، فيجعل مع النساء رجلا ومع الرجال امرأة ، إذا كان فى سن

(فَصْلُ)

يحرم فيه نظر الواضح كما جزم به النووى فى باب الأحداث من المجموع ، ولا يجوز أن يخلو به أجنبى ولا أجنبية ، ولو كان مملوكا لامرأة فهو معها كعبدها . ومنها نظر الكافرة إلى المسلمة فهو حرام فتحتجب المسلمة عنها لقوله تعالى « أو نسائهن » فلو جاز لها النظر لم يبق للتخصيص فائدة ، وصح عن عمر رضى الله عنه منع الكتابيات دخول الحمام مع المسلمات ، هذا مافى المنهاج كأصله ، والأشبه كما فى الروضة وأصلها أنه يجوز أن ترى منها ما يبدو عند المهنة ، وهذا هو الظاهر ، ومحل ذلك فى كافرة غير محرم للمسلمة وغير مملوكة لها ، أما هما فيجوز لها النظر إليها كما أفتى به النووى فى المملوكة وبحثه الزركشى فى المحرم وهو ظاهر .

تتمة — متى حرم النظر حرم المس ، لأنه أبلغ منه فى اللذة وإثارة الشهوة ، بدليل أنه لو مس فأنزل أفطر ، ولو نظر فأنزل لم يفطر ، وكل ما حرم نظره متصلا حرم نظره منفصلا كشعر عانة ولو من رجل وقُلَامة ظفر حرة ولو من يديها ، ويحرم اضطجاع رجلين أو امرأتين فى ثوب واحد إذا كانا عاريين ، وإن كان كل منهما فى جانب من الفراش لخبر مسلم « لا يفضى الرجل إلى الرجل فى الثوب الواحد ، ولا المرأة إلى المرأة فى الثوب الواحد » وتسن مصافحة الرجلين والمرأتين ، لخبر « ما من مسلمين يلتقيان يتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يتفرقا » وتكره المعانقة والتقبيل فى الرأس إلا لقادم من سفر أو تباعد لقاء عرفا فسنة للاتباع ، ويسن تقبيل يد الحى لصلاح ونحوه من الأمور الدينية كعلم وزهد ، ويكره ذلك لغناه أو نحوه من الأمور الدنيوية كشوكة ووجاهة ، ويسن القيام لأهل الفضل إكراماً لا رياء وتفخيما .

﴿ فصل ﴾ فى أركان النكاح

وهى خمسة : صيغة ، وزوجة ، وزوج ، وولى ، وهما العاقدان ، وشاهدان .

وَلَا يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ ، وَيَفْتَقِرُ الْوَلِيُّ وَالشَّاهِدَانِ إِلَي سِتَّةِ شَرَائِطَ : الْإِسْلَامِ ، وَالْبُلُوغِ ، وَالْعَقْلِ ، وَالْحُرِّيَّةِ ، وَالذُّكُورَةِ

وعلى الأخيرين — وهما الولى والشاهدان — اقصر المصنف مشيراً إليهما بقوله (ولا يصح عقد النكاح إلا بولى) أو مأذونه أو القائم مقامه كالحاكم عند فقده أو غيبته الشرعية أو عضْله أو إحرامه (و) حضور (شاهدى عدل) لخبر ابن حبان فى صحيحه عن عائشة رضى الله تعالى عنها « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاحوا فالسلطان ولى من لا ولى له » والمعنى فى إحضار الشاهدين الاحتياط للأبضاع وصيانة الأنكحة عن الجحود ، و يسن إحضار جمع زيادة على الشاهدين من أهل الخير والدين .

(و يفتقر الولى والشاهدان) المعتبرون لصحة النكاح (إلى ستة شرائط) بل إلى أكثر كما سيأتى : الأول : (الإسلام) وهو فى ولى المسلمة إجماعا ، وسيأتى أن الكافر يلى الكافرة ، وأما الشاهدان فالإسلام شرط فيهما ، سواء أكانت المنكوحة مسلمة أوذمية إذ الكافر ليس أهلا للشهادة (و) الثانى : (البلوغ ، و) الثالث : (العقل) فلا ولاية لصبى ومجنون ، وليسا من أهل الشهادة (و) الرابع : (الحرية) فلا ولاية لرقيق ، ولا يكون شاهداً (و) الخامس : (الذكورية) فلا تملك المرأة تزويج نفسها بحال ، لا باذن ولا بغيره ، ، سواء الإيجاب والقبول ، إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلا ، وقد قال الله تعالى : « الرجال قوامون على النساء » ولا تزويج غيرها بولاية ولا وكالة ، لخبر « لاتزوّج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها » ، نعم لو ابتلينا والعياذ بالله تعالى بامامة امرأة فان أحكامها تنفذ للضرورة كما قاله ابن عبدالسلام وغيره ، وقياسه تصحيح تزويجها ، ولا يعتبر إذن المرأة فى نكاح غيرها إلا فى ملكها وفى سفيه أو مجنون هى وصية عليه ، وليست المرأة أهلا للشهادة ، فلا ينعقد النكاح بشهادة النساء ، ولا برجل وامرأتين ، لأنه لا يثبت بقولهم .

تنبيه - أفهم كلامهم أنه لا ينعقد بخنثيين ولو بانا رجلين ، لكن الأصح فى زيادة الروضة الصحة .

فإن قيل : لو عقد على خنثى أوله ثم تبين كونه أنثى فى الأول أو ذكرا فى الثانى لا يصح .

أجيب بأن الخنثى أهل للشهادة فى الجملة ، فإذا بان رجلا اكتفينا بذلك فى النكاح ، بخلاف العقد على الخنثى أوله فانه ليس أهلا لعقد النكاح عليه ولاله فى حال من الأحوال .

(و) السادس : (العدالة) وهى : ملكة فى النفس تمنع من اقتراف الذنوب ولو صغائر الخسة والرذائل المباحة ، فلا ينعقد بولى فاسق غير الإمام الأعظم ، مُجْبِرا كان أم لا ، فسق بشرب الخمر أم لا ، أعلن بفسقه أم لا ، لحديث «لا نكاح إلا بولى مرشد» قال الإمام الشافعى رضى الله عنه : والمراد بالمرشد العدل ، وأفتى الغزالى رحمه الله تعالى بأنه لو كان لوسلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق ولى ، والإفلا ، وقال : ولا سبيل إلى الفتوى بغيره ، إذ الفسق قد عم البلاد والعباد ، والأوجه إطلاق المتن ، لأن الحاكم يزوج للضرورة ، وقضاؤه نافذ ، أما الإمام الأعظم فلا يقدح فسقه ، لأنه لا ينعزل به ، فيزوج بناته و بنات غيره بالولاية العامة تفخيما لشأنه ؛ فعليه إنما يزوج بناته إذا لم يكن لهن ولى غيره كبنات غيره .

تنبيه - لا يلزم من أن الفاسق لا يزوج اشتراط أن يكون الولى عدلا ، لأن بينهما واسطة ، فإن العدالة ملكة تمنع صاحبها مما مر ، والصبى إذا بلغ ولم تصدر منه كبيرة ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق ، وقد نقل الإمام الغزالى الاتفاق على أن المستور يلى ، وحيث منعنا ولاية الفاسق فقال البغوى : إذا تاب زَوَّجَ فى الحال ، ووجهه بأن الشرط فى ولى النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة ، ولا ينعقد بشهادة

إلاّ أَنَّهُ لا يَفتَقِرُ نِكَاحُ الذِّمِّيَّةِ إلى إسْلامِ الْوَلِيِّ، وَلا نِكَاحُ الأَمَةِ إلى عَدَالَةِ السَّيِّدِ

فاسقين ، لأنه لا يثبت بهما و ينعقد بمستورى العدالة ، وهما المعروفان بها ظاهرا لا باطنا : بأن عرفت بالمخالطة دون التزكية عند الحاكم ، لأن الظاهر من المسلمين العدلة ، ولا فرق بين أن يعقد بهما الحاكم أو غيره على المعتمد ، لا بمستورى الإسلام أو الحرية : بأن يكونا فى موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالأرقاء ، بل لا بد من معرفة حالهما باطنا لسهولة الوقوف على ذلك ، بخلاف العدالة والفسق .

ثم شرع فى كون الكافر الأصلى يلى الكافرة الأصلية بقوله (إلا أنه لا يفتقر نكاح الذمية إلى إسلام الولى) ولو كانت الذمية عتيقة مسلم ، و إن اختلف اعتقاد الزوجة والولى ، فيزوج اليهودى نصرانية والنصرانى يهودية كالإرث ، لقوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » وقضية التشبيه بالإرث أنه لا ولاية لحربى على ذمية و بالعكس ، وأن المستأمن كالذمى ، وهو ظاهر كما صححه البلقينى ، ومرتكب المحرم المفسق فى دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا ، فلا يزوج موليته ، بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك ، و إن كان مستورا فيزوجها كما تقرر ، وفرقوا بين ولايته وشهادته حيث لا تقبل و إن لم يكن مرتكبا ذلك بأن الشهادة محض ولاية على الغير فلا يؤهل لها الكافر ، والولى فى التزويج كما يراعى حظ موليته يراعى حظ نفسه أيضا فى تحصينها ودفع العار عن النسب

تنبيه — ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون زوج الكافرة كافرا أو مسلما ، وهو كذلك ، لكن لا يزوج المسلم قاضيهم ، بخلاف الزوج ، لأن نكاح الكفار محكوم بصحته و إن صدر من قاضيهم ، أما المرتد فلا يلى مطلقا ، لا على مسلمة ولا على مرتدة ولا على غيرهما ، لانقطاع الموالاة بينه و بين غيره .

(ولا) يفتقر (نكاح الأمة) من عبد أو حر بشرطه (إلى عدالة السيد) لأنه يزوج بالملك ، لا بالولاية ، لأنه يملك التمتع بها فى الجملة ، والتصرف فيما يمكن استيفاؤه

. . . .

ونقله إلى الغير يكون بحكم الملك كاستيفاء سائر المنافع ونقلها بالإجارة ، فيزوج مسلم ولو فاسقا أو مكاتبا أمته الكافرة الأصلية ، بخلاف الكافر ليس له أن يزوج أمته المسلمة ، إذ لا يملك التمتع بها أصلا ، بل ولا سائر التصرفات فيها سوى إزالة الملك عنها وكتابتها ، بخلاف المسلم فى الكافرة ، و إذا ملك المبعَّضُ ببعضه الحر أمة زوجها كما قاله البغوى فى تهذيبه ، و إن خالف فى فتاويه ، كالمكاتب بل أولى ؛ لأن ملكه تام ، ولهذا تجب عليه الزكاة .

تنبيه — مما تركه المصنف من شروط الولى : أن لا يكون مختلّ النظر بهرم أوخبل ، وأن لا يكون محجورا عليه بسفه ، ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات المانعة للولاية فالولاية للأبعد ، وأما الإغماء فتنتظر إفاقته منه ، ولا يقدح العمى فى ولاية التزويج ؛ لحصول المقصود بالبحث والسماع ، و إحرامُ أحد العاقدين من ولى ولو حاكما أو زوج أو وكيل عن أحدهما أو الزوجة بنسك ولو فاسدا يمنع صحة النكاح ، لحديث « المحرم لا يَنْكح ولا يُنْكح » الكاف مكسورة فيهما ، والياء مفتوحة فى الأول مضمومة فى الثانى ، ولا ينقل الإحرام الولاية للأبعد ، فيزوج السلطان عند إحرام الولى الأقرب لا الأبعد .

ومما تركه من شروط الشاهدين : السمع ، والبصر ، والضبط ولو مع النسيان عن قرب ، ومعرفة لسان المتعاقدين ، وكونه غير متعين للولاية كأب وأخ منفرد وكَّل وحضرَ مع الآخر ، وينعقد النكاح بابنى الزوجين ، وعدويهما ، لأنهما من أهل الشهادة ، وينعقد بهما النكاح فى الجملة .

ومما تركه من الأركان الصيغة ، وشُرط فيهما ما شرط فى صيغة البيع ، وقد مر بيانه ، ومنه عدم التعليق والتأقيت ، ولفظ ما يشتق من تزويج أو إنكاح ولو بعجمية يَفْهم معناها العاقدان والشاهدان ، و إن أحْسَنَ العاقدان العربية ، إعتباراً بالمعنى ، فلا يصح

وَأَوْلَى الْوُلَاةِ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ

بغير ذلك ، كلفظ بيع وتمليك وهبة ، لخبر مسلم « اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله » وصح النكاح بتقديم قبول ، و بزوجنى من قبل الزوج ، و بتزوجتها من قبل الولى ، مع قول الآخر عقبه « زوجتك » فى الأول أو « تزوجتها » فى الثانى ، لوجود الاستدعاء الجازم الدال على الرضا ، لا بكناية فى الصيغة كأحللتك بنتى إذ لابد فى الكناية من النية ، والشهودُ ركن فى النكاح كما مر ، ولا اطلاع لهم على النية ، أما الكناية فى المعقود عليه كما لو قال « زوجتك بنتى » فقبل ونويا معينة فيصح النكاح بها

ومما تركه من الأركان أيضاً : الزوجة ، وشُرِط فيها حل ، وتعيين ، وخلو من نكاح وعدة ، فلا يصح نكاح مُحْرِمة للخبر السابق ، ولا إحدى امرأتين للابهام ، ولا منكوحة ولا معتدة من غيره لتعلق حق الغير بها

ومما تركه من الأركان أيضاً : الزوج ، وشُرِط فيه حل ، واختيار ، وتعيين ، وعلم بحل المرأة له ، فلا يصح نكاح محرم ولو بوكيل للخبر السابق ، ولا مكره ، ولا غير معين كالبيع ، ولا من جهل حلها له احتياطاً لعقد النكاح

﴿ فصل ﴾

فى بيان الأولياء ترتيباً و إجباراً وعدمه . وفى بعض أحكام الخطبة بكسر المعجمة ، وفى بعض النسخ ذكر هذا الفصل ، وأسقطه فى بعضها فقال : (وأولى الولاة) أى من الأقارب فى التزويج (الأب) لأن سائر الأولياء يُدْلُون به كما قاله الرافعى (ثم الجد أبو الأب) و إن علا ، لاختصاص كل منهما على سائر العصبات بالولادة مع مشاركته فى العصوبة (ثم الأخ للأب والأم) لإدلائه بهما (ثم الأخ للأب) لإدلائه به فهو أقرب من ابن الأخ (ثم ابن الأخ للأب والأم) و إن سفل (ثم ابن الأخ للأب) و إن سفل

ثُمَّ ٱلْعَمُّ ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ، فَإِذَا عُدِمَتِ ٱلْعَصَبَاتُ فَالْمَوْلَى ٱلْمُعْتِقُ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ

لأن ابن الأخ أقرب من العم (ثم العم) لأبوين، ثم العم لأب (ثم ابنه) أى العم لأبوين وإن سفل، ثم ابن العم لأب وإن سفل، وهذا معنى قوله (على هذا الترتيب) لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وعلى هذا لو غاب الشقيق لم يزوج الذى لأب، بل السلطان، نعم لو كان ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر لأب لكنه أخوها من أمها فالثانى هو الولى، لأنه يدلى بالجد والأم، والأول يدلى بالجد والجدة، ولو كان ابنا عم أحدهما ابنها والآخر أخوها من الأم فالابن هو المقدم، لأنه أقرب، ولو كان ابنا عم أحدهما معتق قدم المعتق، ومنه يؤخذ أنه لو كان المعتق ابن عم لأب والآخر شقيقاً قدم الشقيق وبه صرح البلقينى.

تنبيه - ظاهر كلام المصنف تسمية كل من غير الأب والجد من الأخ والعم ولياً، وهو كذلك، وإن توقف فيه الإمام، وجعل الولاية حقيقة للأب والجد فقط، ولا يزوج ابن أمه ببنوة محضة خلافاً للأئمة الثلاثة والمزنى، لأنه لا مشاركة بينه وبينها فى النسب إذ انتسابها إلى أبيها وانتسابُ الابن إلى أبيه، فلا يعتنى بدفع العار عن النسب، فإن كان ابن عم لها أو معتقاً لها أو عاصب معتق لها أو قاضيا أو وكيلا عن وليها كما قاله الماوردى زوج بما ذكر فلا تضره البنوة، لأنها غير مقتضية، لا مانعة، فإذا وجد معها سبب آخر يقتضى الولاية لم تمنعه

(فاذا عدمت العصبات) من النسب (فالمولى) أى السيد (المعتق) الرجل (ثم عصبته) بحق الولاء، سواء كان المعتق رجلا أو امرأة، والترتيب هنا كالإرث فى ترتيبه، فيقدم بعد عصبة المعتق معتق المعتق ثم عصبته، وهكذا، لحديث «الولاء لحمة كلحمة النسب» ولأن المعتق أخرجها من الرق إلى الحرية فأشبه الأب فى إخراجه لها من العدم

ثُمَّ الْحَاكِمُ

إلى الوجود ، ويزوج عتيقةَ المرأة إذا فقد ولى العتيقة من النسب كلٌّ من يزوج المعتقة ما دامت حية بالولاية عليها تبعا للولاية على المعتقة ، فيزوجها الأب ثم الجد ثم بقية الأولياء على ما مر فى ترتيبهم ، برضا العتيقة ، ويكفى سكوت البكر ، كما قاله الزركشى فى تكملته وإن خالف فى ديباجه ، ولا يعتبر إذن المعتقة فى ذلك فى الأصح ، لأنه لا ولاية لها ولا إجبار فلا فائدة له ، فإذا ماتت المعتقة زوج العتيقةَ مَنْ له الولاء على المعتقة من عصباتها ، فيزوجها ابنها ثم ابنه ثم أبوها على ترتيب عصبة الولاء إذ تبعية الولاية انقطعت بالموت

(ثم) إن فقد المعتق وعصبته زوج (الحاكم) المرأة التى فى محل ولايته ، لخبر « السلطان ولى من لا ولى له » فإن لم تكن فى محل ولايته فليس له تزويجها ، وإن رضيت ، كما ذكره الرافعى فى آخر القضاء على الغائب ، وكذا يزوج الحاكم إذا عضَلَ النسيبُ القريب ولو مجبراً والمعتق وعصبته ، لأنه حق عليهم فاذا امتنعوا من وفائه وفاه الحاكم ، ولا تنتقل الولاية للأبعد إذا كان العَضْل دون ثلاث مرات ، فان كان ثلاث مرات زوج الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق كما قاله الشيخان ، وهذا فيمن لم تغلب طاعاته على معاصيه كما ذكروه فى الشهادات ، وكذا يزوج عند غيبة الولى مسافة القصر وإحرامه وإرادته تزويج موليته ولا مساوى له فى الدرجة ، والمجنونة البالغة عند فقد المجبر

وقد جمع بعضهم المواضع التى يزوج فيها الحاكم فى أبيات فقال :

ويزوج الحكام فى صور أتت	منظومة تحكى عقود جواهر
عدم الولى وفقده ونكاحه	وكذاك غيبته مسافة قاصر
وكذاك إغماء وحبس مانع	أمة لمحجور ، توَارِى القادر
إحرامه وتعزز مع عضله	إسلام أم الفرع وهى لكافر

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُصَرِّحَ بِخِطْبَةِ مُعْتَدَّةٍ ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعَرِّضَ لَهَا وَيَنْكِحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا

وأهمل الناظم تزويج المجنونة البالغة ، وإنما يحصل العَضْل من الولى إذا دعت بالغة عاقلة رشيدة كانت أو سفيهة إلى كفؤ وامتنع الولى من تزويجه ، ولو عينت كفؤاً وأراد الأب أو الجد المجبر كفؤاً غيره فله ذلك فى الأصح لأنه أكمل نظراً منها .

ثم شرع فى بعض أحكام الخِطبة ، وهى ـ بكسر الخاء ـ التماسُ الخاطب النكاح من جهة المخطوبة بقوله : (ولا يجوز أن يصرح بخطبة) امرأة (معتدة) بائنا كانت أو رجعية بطلاق أو فسخ أو انفساخ أو موت أو معتدة عن شبهة ، لمفهوم قوله تعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خِطبة النساء ـ الآية» وحكى ابن عطية الإجماع على ذلك ، والتصريح : ما يقطع بالرغبة فى النكاح ، كأريد أن أنكحك ، وإذا انقضت عدتكِ نكحتك ، وذلك لأنه إذا صرح تحققت رغبته فيها ، فربما تكذب فى انقضاء العدة ، ولا يجوز تعريض لرجعية لأنها زوجة أو فى معنى الزوجة ولأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاما ، والتعريض : ما يحتمل الرغبة فى النكاح وعدمها ، كقوله : أنت جميلة ، ورب راغب فيك ، ومَنْ يجد مثلك ؟ (ويجوز أن يعرض) لغير الرجعية (بنكاحها قبل انقضاء العدة) سواء كانت عدة وفاة أم بائن بفسخ أو ردة أو طلاق ، لعموم الآية ، ولانقطاع سلطنة الزوج عنها .

تنبيه – هذا كله فى غير صاحب العدة الذى يحلّ له نكاحها فيها ، أما هو فيحل له التعريض والتصريح ، وأما من لا يحل له نكاحها فيها كما لو طلقها بائنا أو رجعياً فوطئها أجنبى بشبهة فى العدة فحملت منه فان عدة الحمل تقدم ولا يحل لصاحب عدة الشبهة أن يخطبها لأنه لا يجوز له العقد عليها حينئذ ، وحكم جواب المرأة فى الصور المذكورة تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة فيما تقدم ، ويحرم على عالمٍ خطبةً على خطبة جائزة ممن

وَالنِّسَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: ثَيِّبَاتٍ ، وَأَبْكَارٍ ، فَالْبِكْرُ يَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ

صرح باجابته إلا بالإعراض باذن أو غيره من الخاطب أوالمجيب ، لخبر الشيخين واللفظ للبخارى «لايخطب الرجل على خِطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب» والمعنى فى ذلك ما فيه من الإيذاء

ويجب ذكرعيوب من أريد اجتماع عليه لمناكحة أو نحوها كمعاملة وأخذ علم لمريده ليحذر بذلا للنصيحة ، سواء استشير الذاكر فيه أم لا فان اندفع بدونه بأن لم يحتج إلى ذكرها أو احتيج إلى ذكر بعضها حرم ذكر شىء منها فى الأول وشىء من البعض الآخر فى الثانى ، قال فى زيادة الروضة : والغيبة تباح لستة أسباب وذكرها ، وجمعها غيره فى هذا البيت ، فقال :

لقب ومُسْتَفْتٍ وفسق ظاهر   والظلم تحذير مزيل المنكر

قال الغزالى فى الإحياء : إلا أن يكون المتظاهر بالمعصية عالما يقتدى به فتمتنع غيبته ، لأن الناس إذا اطلعوا على زلته تساهلوا فى ارتكاب الذنب ، اه .

وسن خُطبة - بضم الخاء - قبل خِطبة - بكسرها - وأخرى قبل العقد ، لخبر «كل كلام لايبدأفيه بحمد الله فهو أقطع» أى عن البركة ، وتحصل السنة بالخطبة قبل العقد من الولى أو الزوج أوأجنبى ، ولوأوجب ولى العقد فخطب الزوج خطبة قصيرة عرفا فقبل صح مع الخطبة الفاصلة بين الإيجاب والقبول ، لأنها مقدمة القبول فلا تقطع الولاء ، كالإقامة وطلب الماء والتيمم بين صلاتى الجمع ، لكنها لاتسن ، بل يسن تركها كما صرح به ابن يونس .

(والنساء) بالنسبة إلى إجبارهن فى التزويج وعدمه (على ضربين) : الأول : (بكر) تجبر (و) الثانى (ثيب) لاتجبر (فالبكر) ولو كبيرة ومخلوقة بلا بكارة أو زالت بلا وطء كسقطة أو حدة حيض (يجوز) ويصح (للأب والجد) أبى الأب وإن

إجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ

علا عند عدم الأب أو عدم أهليته (إجبارها على النكاح) أى تزويجها بغير إذنها لخبر الدارقطنى « الثيب أحق بنفسها ، والبكر يزوجها أبوها » ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء ، فهى شديدة الحياء .

تنبيه ـ لتزويج الأب أو الجد البكر بغير إذنها شروط : الأول : أن لا يكون بينه و بينها عداوة ظاهرة ، الثانى : أن يزوجها من كفء ، الثالث : أن يزوجها بمهر مثلها ، الرابع : أن يكون من نقد البلد ، الخامس : أن لا يكون الزوج معسراً بالمهر ، والسادس أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى أو شيخ هرم ، السابع : أن لا يكون قد وجب عليها النسك ، فان الزوج يمنعها لكون النسك على التراخى ، ولها غرض فى تعجيل براءة ذمتها ، قاله ابن العماد ، وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط ؟ فيه ما هو معتبر لهذا ، وما هو معتبر لذلك ، فالمعتبرات للصحة بغير الإذن : أن لا يكون بينها و بين وليها عداوة ظاهرة ، وأن يكون الزوج كفؤا ، وأن يكون موسراً بحالّ صداقها ، وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام .

قال الولى العراقى : وينبغى أن يعتبر فى الإجبار أيضاً انتفاء العداوة بينها و بين الزوج ، انتهى .

و إنما لم يعتبروا ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثَمَّ لظهور الفرق بين الزوج والولى المجبر ، بل قد يقال : إنه لا حاجة إلى ما قاله ، لأن انتفاء العداوة بينها و بين الولى يقتضى أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها ، أما مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا يؤثر ، لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه فى الأم ، و يسن استئذان البكر إذا كانت مكلفة ، لحديث مسلم « والبكر يستأمرها أبوها » وهو محمول على الندب تطييباً لخاطرها ، وأما غير المكلفة فلا إذن لها ، و يسن استفهام المراهقة ، وأن لا تزوج

وَالثَّيِّبُ لاَ يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا إلاَّ بَعْدَ بُلوغِهَا وَإِذْنِهَا .

(فَصْلٌ) وَالْمُحَرَّمَاتُ

الصغيرة حتى تبلغ ، والسنة فى الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن مافى نفسها والأم بذلك أولى ، لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها .

(والثيب) البالغة (لايجوز) ولا يصح (تزويجها) وإن عادت بكارتها إلا باذنها لخبر الدارقطنى السابق ، وخبر « لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن » رواه الترمذى ، وقال : حسن صحيح ، ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر ، بخلاف البكر .

فان كانت الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواء احتملت الوطء أم لا (إلا بعد بلوغها وإذنها) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ ، أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة ، وأما الأمة فلسيدها أن يزوجها ، وكذا لولى السيد عند المصلحة .

تتمة — لو وطئت البكر فى قبلها ولم تزل بكارتها كأن كانت غوراء فهى كسائر الأبكار ، وإن كان مقتضى تعليلهم بممارسة الرجال خلافه ، كما أن قضية كلامهم كذلك إذا زالت بذكر حيوان غير آدمى كقرد ، مع أن الأوجه أنها كالثيب ، ولو خلقت بلا بكارة فحكمها حكم الأبكار كما حكاه فى زيادة الروضة عن الصيمرى ، وأقره ، وتصدق المكلفة فى دعوى البكارة وإن كانت فاسقة ، قال ابن المقرى : بلا يمين ، وكذا فى دعوى الثيوبة قبل العقد وإن لم تتزوج ، ولا تسأل عن الوطء ، فان ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها الولى بغير إذنها نطقا فهو المصدق بيمينه لما فى تصديقها من إبطال النكاح ، بل لو شهدت أربع نسوة عند العقد بثيوبتها لم يبطل لجواز إزالتها بأصبع أونحوه ، أو أنها خلقت بدونها ، كما ذكره الماوردى والرويانى ، وإن أفتى ابن الصلاح بخلافه .

﴿ فصل ﴾ فى محرمات النكاح ومثبتات الخيار فيه .

(والمحرمات) على قسمين : تحريم مؤبد ، وتحريم غير مؤبد ، ومن الأول وإن

بِالنَّصِّ أَرْبَعَ عَشْرَةَ : سَبْعٌ بِالنَّسَبِ ، وَهُنَّ : الأُمُّ وَإِنْ عَلَتْ ، وَالبِنْتُ وَإِنْ سَفَلَتْ ، وَالأُخْتُ وَالخَالَةُ

لم يذكره الشيخان اختلاف الجنس ، فلا يجوز للآدمى نكاح الجنية كما قاله ابن يونس وأفتى به ابن عبد السلام خلافا للقمولى ، قال تعالى « هو الذى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها » والمؤبد (بالنص) القطعى فى الآية الكريمة الآتية عن قرب (أربعة عشر) وله ثلاثة أسباب : قرابة ، ورضاع ، ومصاهرة ، وقد بدأ بالسبب الأول — وهو القرابة — بقوله (سبع) بتقديم السين على الموحدة — أى يحرمن (بالنسب) لقوله تعالى «حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم وأخواتكم الآية — » ولما يحرم بالنسب والرضاع ضابطان : الأول : تحرم نساء القرابة إلا من دخلت تحت ولد العمومة أو ولد الخؤلة ، والثانى : يحرم على الرجل أصوله وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول ، فالأصول الأمهات ، والفصول البنات ، وفصول أول الأصول الأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول العمات والخالات ، والضابط الأول أرجح كما قاله الرافعى لإيجازه ونصه على الإناث بخلاف الثانى (وهى) أى السبع من النسب الأول منها (الأم) أى يحرم العقد عليها ، وكذا يقدر فى الباقى ، وضابط الأم هى : كل من ولدتك فهى أمك حقيقة أو ولدت من ولدك ذكرا كان أو أنثى كأم الأب (وإن علت) وأم الأم كذلك فهى أمك مجازا ، وإن شئت قلت : كل أنثى ينتهى إليها نسبك بواسطة أو بغيرها (و) الثانى (البنت) وضابطها : كل من ولدتها فبنتك حقيقة أو ولدت من ولدها ذكرا كان أو أنثى كبنت ابن و إن نزل و بنت بنت (وإن سفلت) فبنتك مجازا ، وإن شئت قلت : كل أنثى ينتهى إليك نسبها بالولادة بواسطة أو بغيرها (و) الثالث (الأخت) وضابطها : كل مَنْ ولدها أبواك أوأحدهما فأختك (و) الرابع (الخالة) وضابطها : كل أخت

وَالْعَمَّةُ ، وَبِنْتُ الْأَخِ ، وَبِنْتُ الْأُخْتِ ، وَاثْنَتَانِ بِالرَّضَاعِ : الْأُمُّ الْمُرْضِعَةُ ، وَالْأُخْتُ مِنَ الرَّضَاعِ

أنثى ولدتك فخالتك حقيقة أو بواسطة كخالة أمك فخالتك مجازاً ، وقد تكون الخاله من جهة الأب كأخت أم الأب

تنبيه — كان الأولى أن يؤخر الخالة عن العمة ليكون على ترتيب الآية

(و) الخامس (العمة) وضابطها : كل أخت ذكر ولدك بلا واسطه فعمتك حقيقة أو بواسطة كعمة أبيك فعمتك مجازاً ، وقد تكون العمة من جهة الأم كأخت أبى الأم

(و) السادس والسابع (بنت الأخ و بنت الأخت) من جميع الجهات ، و بنات أولادهما و إن سفلن

تنبيه — علم من كلام المصنف أن البنت المخلوقة من زناه - سواء تحقق أنها من مائه أم لا - تحل له ، لأنها أجنبية إذ لا حرمة لماء الزنا ، بدليل انتفاء سائر أحكام النسب من إرث وغيره عنها ، فلا تبعض الأحكام كما يقول المخالف ، فإن منع الإرث إجماع كما قاله الرافعى ، ولكن يكره نكاحها خروجا من خلاف مَنْ حرمها ، ولو أرضعت المرأة بلبن الزانى صغيرة فكبنته ، قاله المتولى ، ويحرم على المرأة وعلى سائر محارمها وَلَدُها من زنا بالإجماع كما أجمعوا على أنه يرثها ، والفرق أن الابن كالعضو منها ، وانفصل منها إنساناً ، ولا كذلك النطفة التى خلقت منها البنت بالنسبة للأب

ثم شرع فى السبب الثانى - وهو الرضاع - بقوله (واثنتان بالرضاع ، وهما الأم المرضعة ، والأخت من الرضاع) لقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » فمن ارتضع من امرأة صارت بناتها الموجودات قبله والحادثات بعده أخوات له ، و انما ذكرت ذلك مع وضوحه لأن كثيراً من جهلة العوام يظنون أن الأخت من الرضاع هى التى ارتضعت معه دون غيرها ، و يسألون عنه كثيراً ، فمرضعتك ومن

وَأَرْبَعٌ بِالْمُصَاهَرَةِ : أُمُّ الزَّوْجَةِ ، وَالرَّبِيبَةُ إِذَا دَخَلَ بِالْأُمِّ

أرضعتها أو ولدتها أو ولدت، أبا من رضاع وهو الفحل أو أرضعته أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها أمٌّ رضاع ، وقس على ذلك الباقى من السبع بالرضاع بما ذكر لقوله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع مايحرم من الولادة» وفى رواية «من النسب» وفى أخرى « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » ولا يحرم عليك مرضعة أخيك أو أختك ولو كانت أم نسب حرمت عليك لأنها أمك أو موطوأة أبيك ، ولا مرضعة نافلتك وهو ولد الولد ، ولو كانت أم نسب حرمت عليك لأنها بنتك أو موطوأة ابنك ، ولا أم مرضعة ولدك ، ولا بنت المرضعة ، ولو كانت المرضعة أم نسب كانت موطوأتك فيحرم عليك أمها و بنتها ، فهذه الأربع يحرمن فى النسب ولا يحرمن فى الرضاع ، فاستثناها بعضهم من قاعدة « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » والمحققون كما فى الروضة على أنها لا تستثنى لعدم دخولها فى القاعدة ، لأنهن إنما يحرمن فى النسب لمعنى لم يوجد فيهن فى الرضاع كما قررته ، ولا يحرم عليك أخت أخيك ، سواء كانت من نسب كأن كان لزيد أخ لأب وأخت لأم فلأخيه نكاحها ، أم من رضاع كأن ترضع امرأة زيداً وصغيرةً أجنبية منه ، فلأخيه لأبيه نكاحها ، وسواء كانت الأخت أخت أخيك لأبيك لأمه كما مثلنا أم أخت أخيك لأمك لأبيه ، مثاله فى النسب أن يكون لأبى أخيك بنت من غير أمك فلك نكاحها ، وفى الرضاع أن ترضع صغيرة بلبن أبى أخيك لأمك فلك نكاحها .

ثم شرع فى السبب الثالث ـ وهو المصاهرة ـ بقوله (وأربع بالمصاهرة ، وهن : أم الزوجة) بواسطة أو بغيرها من نسب أو رضاع ، سواء أدخل بها أم لا ، لإطلاق قوله تعالى « وأمهات نسائكم » (والربيبة إذا دخل بالأم) بعقد صحيح أو فاسد، لإطلاق قوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وذكر الحجور خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له

. . . .

فان قيل : لم أعيد الوصف إلى الجملة الثانية ولم يعد إلى الجملة الأولى وهى «وأمهات نسائكم» مع أن الصفات عقب الجمل تعود إلى الجميع ؟

أجيب بأن نسائكم الثانى مجرور بحرف الجر ، ونسائكم الأول مجرور بالمضاف ، و إذا اختلف العامل لم يجز الإتباع و يتعين القطع .

تنبيه — قضية كلام الشيخ أبى حامد وغيره أنه يعتبر فى الدخول أن يقع فى حياة الأم ، فلو ماتت قبل الدخول ووطئها بعد موتها لم تحرم بنتها لأن ذلك لا يسمى دخولا و إن تردد فيه الرويانى

فان قيل : لم لم يعتبروا الدخول فى تحريم أصول البنت ، واعتبروا فى تحريم البنت الدخول ؟

أجيب بأن الرجل يبتلى عادة بمكالمة أمها عقب العقد لترتيب أموره فحرمت بالعقد ليسهل ذلك ، بخلاف بنتها

تنبيه — من حرم بالوطء لا يعتبر فيه صحة العقد كالربيبة ، ومن حرم بالعقد فلابد فيه من صحة العقد ، نعم لو وطىء فى العقد الفاسد حرم بالوطء فيه لا بالعقد

فائدة — الربيبة : بنت الزوجة و بناتها و بنت ابن الزوجة و بناتها ، ذكره الماوردى فى تفسيره ، ومن هذا يعلم تحريم بنت الربيبة و بنت الربيب لأنها من بنات أولاد زوجته ، وهى مسألة نفيسة يقع السؤال عنها كثيراً ، وكل من وطىء امرأة بملك حرم عليه أمهاتها و بناتها ، وحرمت هى على آبائه تحريماً مؤبداً بالإجماع ، وكذا الموطوأة الحية بشبهة فى حقه كأن ظنها زوجته أو أمته يحرم عليه أمهاتها و بناتها ، وتحرم هى على آبائه وأبنائه ، كما يثبت فى هذا الوطء النسب ويوجب العدة ، لا المزنى بها فلا يثبت بزناها حرمة المصاهرة فللزانى نكاح أم من زنى بها و بنتها ، ولابنه وأبيه نكاحها هى

وَزَوْجَةُ الأَبِ، وَزَوْجَةُ الْابْنِ، وَوَاحِدَةٌ مِنْ جِهَةِ الْجَمْعِ وَهِيَ أُخْتُ الزَّوْجَةِ

و بنتها ، لأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصهر ، فلا يثبت بالزنا كالنسب ، وليست مباشرة كلمس وقبلة بشهوة كوطء لأنها لاتوجب العدة فكذا لاتوجب الحرمة

(و) تحرم (زوجة الأب) وهو : من ولدك بواسطة أو غيرها أبا أو جداً من قبل الأب أو الأم ، و إن لم يدخل بها ، لإطلاق قوله « ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف » قال الشافعى فى الأم : يعنى فى الجاهلية قبل علمكم بتحريمه (و) تحرم (زوجة الابن) وهو : من ولدته بواسطة أو غيرها ، و إن لم يدخل ولدك بها ، لإطلاق قوله تعالى « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم »

تنبيه — لافرق فى الفرع والأصل بين أن يكون من نسب أو رضاع ، أما النسب فللآية ، وأما الرضاع فللحديث المتقدم

فان قيل : إنما قال تعالى « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فكيف حرمت حليلة الابن من الرضاع ؟

أجيب بأن المفهوم إنما يكون حجة إذا لم يعارضه منطوق ، وقد عارضه هنا منطوق قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

فان قيل : فما فائدة التقييد فى الآية حينئذ ؟

أجيب بأن فائدة ذلك إخراج حليلة المتبنَّى ، فلا يحرم على المرء زوجة مَنْ تبناه لأنه ليس بابن له ، ولا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ولا بنت زوج البنت ولا أمه ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ولا أم زوجة الابن ولا بنتها ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب .

ثم شرع فى القسم الثانى — وهو التحريم غير المؤبد — بقوله (و) تحرم (واحدة من جهة الجمع) فى العصمة (وهى أخت الزوجة) فلا يتأبد تحريمها ، بل تحل بموت أختها

وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ ٱلْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلاَ بَيْنَ ٱلْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا، وَيَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنَّسَبِ

أو بينونتها لقوله تعالى « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف » ولما فى ذلك من قطيعة الرحم و إن رضيت بذلك فان الطبع يتغير (ولا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها) من نسب أو رضاع ولو بواسطة ، لخبر « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » رواه الترمذى وغيره وصححوه ، ولما مر من التعليل فى الأختين .

(و يحرم من) النساء بسبب (الرضاع ما يحرم) منهن (من النسب) وهى السبعة المتقدمة ، وقدمنا أنه يحرم زوجة والده من الرضاع ، وزوجة ولده كذلك و بنت زوجته كذلك ، أما تحريم الأم والأخت من الرضاع فلما مر ، وأما تحريم البواقى فللحديث المار وهو « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

تنبيه — من حرم جمعهما بنكاح حرم أيضاً فى الوطء بملك اليمين أو ملك ونكاح وله تملكهما بالإجماع ، فان وطىء واحدة منهما ولو مكرها حرمت الأخرى حتى يحرم الأولى بإزالة ملك أو نكاح أو كتابة إذ لا جمع حينئذ بخلاف غيرها كحيض ورهن و إحرام وردة ، لأنها لا تزيل الملك ولا الاستحقاق ، فلو عادت الأولى كأن ردت بعيب قبل وطء الأخرى فله وطء أيتهما شاء بعد استبراء العائدة ، أو بعد وطئها حرمت العائدة حتى يحرم الأخرى ، و يشترط أن تكون كل منهما مباحة على انفرادها ، فلو كانت إحداهما مجوسية أو نحوها كمحرم فوطئها جاز له وطء الأخرى ، نعم لو ملك أما و بنتها فوطىء إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً كما علم مما مر ، ولو ملك أمة ثم نكح مَنْ يحرم الجمع بينها و بينها كأن نكح أختها الحرة أو عمتها أو خالتها أو نكح امرأة ثم ملك مَنْ يحرم الجمع بينها و بينها

وَتُرَدُّ الْمَرْأَةُ بِخَمْسَةِ عُيُوبٍ : بِالْجُنُونِ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْبَرَصِ ، وَالرَّتَقِ ، وَالْقَرَنِ

كأن ملك أختها حلت المنكوحة فى المسألتين دون المملوكة ؛ لأن فراش النكاح أقوى ؛ إذ يتعلق به الطلاق والظهار والإيلاء وغيرها ، بخلاف الملك

ثم شرع فى مثبتات الخيار بقوله (وتُرَدُّ المرأة) بالبناء للمفعول : أى يثبت للزوج خيار فسخ نكاحه (بخمسة عيوب) أى بواحد منها ، و إن أوهمت عبارته أنه لا بد من اجتماعها ، أشار إلى الأول بقوله : (بالجنون) و إن تقطع وكان قابلا للعلاج ، والجنون : زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة فى الأعضاء ، واستثنى المتولى من المتقطع الخفيف الذى يطرأ فى بعض الزمان ، وأما الإغماء بالمرض فلا يثبت به خيار كسائر الأمراض ، ومحله كما قال الزركشى فيما تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب ، أما الميئوس من زواله فكالجنون كما ذكره المتولى ، وكذا إن بقى الإغماء بعد المرض ، فيثبت به الخيار كالجنون ، وألحق الشافعى الخبل بالجنون ، والإصراع نوع من الجنون ، كما قاله بعض العلماء .

(و) الثانى (الجذام) وهو : علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع و يتناثر ، و يتصور ذلك فى كل عضو ، ولكنه فى الوجه أغلب .

(و) الثالث : (البَرَص) وهو : بياض شديد يبقع الجلد و يذهب دمويته هذا إن كانا مستحكمين ، بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص لا يثبت به الخيار كما صرح به الجوينى ، قال : والاستحكام فى الجذام يكون بالتقطع ، وتردد الإمام فيه ، وجوز الاكتفاء باسوداده وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة ، ولم يشترطوا فى الجنون الاستحكام ، قال الزركشى : ولعل الفرق أن الجنون يفضى إلى الجناية .

(و) الرابع : (الرتق) وهو — بفتح الراء والمثناة الفوقية — انسداد الفرج باللحم ويخرج البول من ثقبة صغيرة كإحليل الرجل ، قاله فى الكفاية .

(و) الخامس : (القرن) وهو — بفتح القاف وكذا الراء على الأرجح — انسداد

وَيُرَدُّ الرَّجُلُ بِخَمْسَةِ عُيُوبٍ : بِالْجُنُونِ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْبَرَصِ ، والْجَبِّ ، وَالْعُنَّةِ .

الفرج بعظم على الأصح ، وقيل : بلحم ، وعليه فالرتق والقرن واحد ، فيثبت له الخيار بكل منهما ، لأنه يخل بمقصود النكاح كالبرص وأولى لأن البرص لا يمنعه بالكلية ، بل ينفر منه ، وليس للزوج إجبارها على شق الموضع ، فان شقته وأمكن الوطء فلا خيار ، ولا تمكن الأمة من الشق قطعاً إلا باذن السيد .

(ويرد الرجل) أيضاً بالبناء للمفعول : أى يثبت للمرأة فسخ نكاحها منه (بخمسة عيوب) أى بواحد منها كما مر ، وأشار إلى ثلاثة منها بقوله (بالجنون ، والجذام ، والبرص) على ما مر بيانا وتحريراً فى كل منها

(و) الرابع (الجبّ) وهو - بفتح الجيم - قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين أو لم يبق منه قدر الحشفة ، أما إذا بقى منه ما يولج قدرها فلا خيار لها على الأصح ، فلو تنازعا فى إمكان الوطء به قُبل قوله على الأصح ، وخرج به الخصى ، وهو : من قطعت أنثياه وبقى ذكره فلا خيار به على الأصح لقدرته على الجماع ، قال ابن الملقن فى شرح الحاوى : ويقال : إنه أقدر عليه لأنه لا ينزل ، فلا يعتريه فتور .

(و) الخامس : (العنّة) فى المكلف قبل الوطء فى قبلها ، وهو - بضم المهملة وتشديد النون - علة فى القلب والكبد أو الدماغ أو الآلة تسقط الشهوة الناشرة للآلة فتمنع الجماع ، وخرج بقيد المكلف الصبى والمجنون فلا تسمع دعوى العنة فى حقهما ، لأن ذلك إنما يثبت باقرار الزوج أو بيمينها بعد نكوله ، وإقرارهما لغو ، وبقيد قبل الوطء العنة الحادثة بعده ولو مرة ، بخلاف حدوث الجب بعد الوطء فانه يثبت به خيار الفسخ على الأصح فى الروضة ، وفرق بتوقع زوال العنة بحصول الشفاء وعود الداعية للاستمتاع فهى مترجية لحصول ما يعفها ، بخلاف الجب ليأسها من توقع حصول ما يعفها

. . . .

تنبيه — ثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء ، وجاءت به الآثار ، وصح ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه فى الثلاثة الأول ، وهى المشتركة بين الزوجين ، رواه الشافعى وعول عليه ، لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف ، وفى الصحيح « فر من المجذوم فرارك من الأسد » قال الشافعى فى الأم : وأما الجذام والبرص فانه — أى كلا منهما — يعدى الزوج والولد ، وقال فى موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدى كثيراً ، وهو مانع للجماع ، لا تكاد النفس أن تطيب أن تجامع من هو به ، والولد قلما يسلم منه ، فان سلم أدرك نسله .

فان قيل : كيف قال الشافعى إنه يعدى وقد صح فى الحديث « لا عدوى » .

أجيب : بأن مراده أنه يعدى بفعل الله تعالى ، لا بنفسه ، والحديث ورد رداً لما يعتقده أهل الجاهلية من نسبة الفعل لغير الله تعالى .

ولو حدث بالزوج بعد العقد عيب كأن جب ذكره بعد الدخول ولو بفعلها ثبت له الخيار ، بخلاف حدوث العنة بعد الدخول كما مرت الإشارة إليه ، وإلى الفرق بين الجب والعنة ، ولو حدث بها عيب تخير الزوج قبل الدخول أو بعده كما لو حدث به ، ولا خيار لولى بحادث ، وكذا بمقارن جب وعنة للعقد ، ويتخير بمقارن جنون الزوج وإن رضيت الزوجة به ، وكذا بمقارن جذام وبرص فى الأصح للعار .

والخيار فى الفسخ بهذه العيوب إذا ثبتت يكون على الفور لأنه خيار عيب فكان على الفور كما فى البيع ، ويشترط فى الفسخ بعيب العنـة وكذا باقى العيوب رفع إلى حاكم ، لأنه مجتهد فيه فأشبه الفسخ بالإعسار ، وتثبت العنة باقرار الزوج أو بينة على إقراره ، لأنه لا مطلع للشهود عليها ، وتثبت أيضاً بيمينها بعد نكوله ، وإذا ثبتت ضرب القاضى له سنة كما فعله عمر رضى الله تعالى عنه بطلب الزوجة ، لأن الحق لها

فاذا تمت رفعته إلى القاضى ، فان قال « وطئت » حلف ، فان نكل حلفت واستقلت بالفسخ كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع عيباً .

خاتمة – حيث اختلف الزوجان فى الإصابة كان المصدق نافيها أخذاً بالأصل ، إلا فى مسائل : الأولى العنين كما مر ، الثانية : المولى وهو كالعنين فى أكثر ما ذكر ، الثالثة : إذا ادعت المطلقة ثلاثاً أن المحلل وطئها وفارقها وانقضت عدتها منه ، وأنكر المحلل الوطء فتصدق بيمينها لحلها للأول ، الرابعة : إذا علق طلاقها بعدم الوطء ثم ادعاه وأنكرته صدق بيمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وذكرتُ صوراً أخرى فى شرح المنهاج من أرادها فليراجعه .

﴿ فصل ﴾ فى الصداق

وهو - بفتح الصاد أشهر من كسرها - ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود .

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أى : عطية من الله مبتدأة ، والمخاطب بذلك الأزواج عند الأكثرين ، وقيل : الأولياء لأنهم كانوا فى الجاهلية يأخذونه ويسمونه نحلة لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابل ، وقوله تعالى « وآتوهن أجورهن » وقوله صلى الله عليه وسلم لمريد التزويج « التمس ولو خاتماً من حديد » رواه الشيخان

(ويستحب) للزوج (تسمية المهر) للزوجة (فى) صلب (النكاح) أى العقد ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يخل نكاحا عنه ، ولأنه أدفع للخصومة ، ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها له صلى الله عليه وسلم ، ويؤخذ من هذا أن السيد إذا زوج عبده أمته أنه يستحب له ذكر المهر ، وهو ما فى الروضة تبعاً لبعض نسخ الشرح الكبير وهو المعتمد

فَإِنْ لَمْ يُسَمَّ صَحَّ الْعَقْدُ، وَوَجَبَ الْمَهْرُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: أَنْ يَفْرِضَهُ الزَّوْجُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ يَفْرِضَهُ الْحَاكِمُ

إذ لا ضرر فى ذلك ، و إن خالف فى ذلك بعض المتأخرين ، ويسن أن لا يدخل بها حتى يدفع إليها شيئاً من الصداق خروجا من خلاف من أوجبه (فان لم يسم) صداقا بأن أخلى العقد منه (صح العقد) بالإجماع ، لكن مع الكراهة كما صرح به الماوردى والمتولى وغيرهما ، وقد تجب التسمية فى صور : الأولى : إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكة لغير جائز التصرف ، الثانية : إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجها ولم تفوض ، فزوجها هو أو وكيله ، الثالثة : إذا كان الزوج غير جائز التصرف ، وحصل الاتفاق فى هذه الصورة على أقل من مهر مثل الزوجة ، وفيما عداها على أكثر منه ، فتتعين تسميته بما وقع الاتفاق عليه ، ولا يجوز إخلاؤه منه ، و إذا خلا العقد عن التسمية فان لم تكن مفوضة استحقت مهر المثل بالعقد (و) إن كانت مفوضة بأن قالت رشيدة لوليها : زوجنى بلا مهر ، ففعل (وجب المهر بثلاثة أشياء) أى بواحد منها : الأول : (أن يفرضه) أى يقدره (الزوج على نفسه) قبل الدخول ، ولها حبس نفسها ليفرض لها لتكون على بصيرة من تسليم نفسها ، ولها بعد الفرض حبس نفسها لتسليم المفروض الحال كالمسمى فى العقد ، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى فى العقد ، و يشترط رضاها بما يفرضه الزوج لأن الحق لها ، فان لم ترض به فكأنه لم يفرض ، وهذا كما قال الأذرعى إذا فرض دون مهر المثل ، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالا من نقد البلد و بذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها لأنه عبث ، ولا يشترط علم الزوجين حيث تراضيا على مهر بقدر مهر المثل ، لأنه ليس بدلا عنه ، بل الواجب أحدهما ، ويجوز فرض مؤجل بالتراضى وفوق مهر المثل ، والثانى ما أشار إليه بقوله : (أو يفرضه الحاكم) إذا امتنع الزوج من الفرض لها ، أو تنازعا فى قدر المفروض كم يفرض ، لأن منصبه فصل الخصومات ، ولكن يفرضه الحاكم حالا من نقد البلد كما فى قيم المتلفات لا مؤجلا ولا بغير نقد البلد ، و إن رضيت الزوجة بذلك ، لأن منصبه الإلزام بمال حال

أَوْ يَدْخُلَ بِهَا فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ

من نقد البلد ، ولها إذا فرضه حالا تأخير القبض ، بل لها تركه بالكلية ، لأن الحق لها ، ويفرض مهر المثل بلا زيادة ولا نقص ، ويشترط علم الحاكم بمهر المثل حتى لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير ، ولا يصح فرض أجنبى من ماله ، لأنه خلاف ما يقتضيه العقد ، والفرض الصحيح كمسمى فى العقد ، فيتشطر بالطلاق بعد عقد وقبل وطء ، سواء أكان الفرض من الزوجين أو من الحاكم ، والثالث : ما أشار إليه بقوله (أو يدخل بها) بأن يطأها ولو فى حيض أو إحرام أو دبر (فيجب) لها (مهر المثل) وإن أذنت له فى وطئها ، بشرط أن لا مهر لها ، لأن الوطء لا يباح بالإباحة ، لما فيه من حق الله تعالى ، والمعتبر فى مهر مثل المفوّضة أكثر مهر مثلٍ من العقد إلى الوطء ، لأن البضع دخل بالعقد فى ضمانه واقترن به الإتلاف فوجب الأكثر كالمقبوض بشراء فاسد ، ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شَطْر ، وإن مات أحد الزوجين قبلهما وجب لها مهر المثل ، لأنه كالوطء فى تقرير المسمى ، فكذا فى إيجاب مهر المثل فى التفويض ، وهل يعتبر مهر المثل هنا بالأكثر كما مر أو بحال العقد أو الموت ؟ أوجه فى الروضة وأصلها بلا ترجيح ، أوجهها أولها ؛ لأن البضع دخل فى ضمانه بالعقد وتقرر عليه بالموت كالوطء ولو قتل السيد أمته أو قتلت نفسها قبل دخول سقط مهرها ، بخِلَاف ما لو قتلها أجنبى أو قتلت الحرة نفسها قبل دخول لا يسقط مهرها

ومهر المثل : ما يرغب به فى مثلها عادة

وركنه الأعظم : نسب فى النسيبة لوقوع التفاخر به كالكفاءة فى النكاح ، وظاهر كلام الأكثرين اعتبار ذلك فى العجم كالعرب ، وهو المعتمد ، لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقاً ، فيراعى أقرب من تنسب إليه ، فأقربهن أخت لأبوين ، ثم لأب ، ثم بنات أخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم عمات لأبوين ، ثم لأب ، لأن المدلى بجهتين يقدم على المدلى بجهة ، ثم بنات الأعمام لأبوين ، ثم لأب ، فان تعذر اعتبار نساء العصبة اعتبر

وَلَيْسَ لِأَقَلِّ الصَّدَاقِ وَلَا لِأَكْثَرِهِ حَدٌّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ .

بذوات الأرحام كالجدات والخالات ، لأنهن أولى من الأجانب ، ويقدم من نساء الأرحام : الأم ، ثم الجدات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخوال ، والمراد بالأرحام هنا قرابات الأم ، لا ذوو الأرحام المذكورون فى الفرائض ، لأن أمهات الأم لسن من المذكورين فى الفرائض ، ويعتبر مع ما تقدم سن وعفة وعقل وجمال ويسار وفصاحة وبكارة وثيوبة ، وما اختلف به غرض كالعلم والشرف ، لأن المهور تختلف باختلاف الصفات ، ويعتبر مع ذلك البلد ، فان كان نساء العصبة ببلدين هى فى إحداهما اعتبر بعصبات بلدها ، فان كن كلهن ببلدة أخرى فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها كما قاله فى الروضة .

(وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه : كل ما صح كونه مبيعاً عوضاً أو معوضاً صح كونه صداقا ، ومالا فلا ، فلو عقد بما لا يتمول ولا يقابل بمتمول كحبتى حنطة لم تصح التسمية ، ويرجع لمهر المثل ، وكذا إذا أصدقها ثوباً لا يملك غيره فلا يصح لتعلق حق الله تعالى به فى ستر العورة كما قال الزركشى مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم للذى أراد التزوج على إزاره « إزارك هذا إن أعطيته إياها جلست ولا إزار لك » وهذا داخل فى قولنا : ماصح مبيعاً صح صداقا ، ويسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم خروجا من خلاف أبى حنيفة ، وأن لا يزيد على خمسمائة درهم كأَصْدِقَة بناته صلى الله عليه وسلم وزوجاته ، وأما إصداق أم حبيبة أربعمائة دينار فكان من النجاشى إكراماً له صلى الله عليه وسلم .

(ويجوز أن يتزوجها على منفعة معلومة) تستوفى بعقد الإجارة كتعليم فيه كلفة وخياطة ثوب وكتابة ونحوها إذا كان يحسن تلك المنفعة ، فان لم يكن يحسنها والتزم فى

. . . .

الذمة جاز ، و يستأجر لها من يحسنها ، و إن التزم العمل بنفسه لم يصح على الأصح لعجزه ، وخرج بقيد المعلومة المنفعة المجهولة فلا يصح أن تكون صداقا ، ولكن يجب مهر المثل ، و إطلاق التعليم فيما تقدم شامل لما يجب تعلمه كالفاتحة وغيرها وللقرآن والحديث والفقه والشعر والخط وغير ذلك مما ليس بمحرم ، ولتعليمها هي أو ولدها الواجب عليها تعليمه وكذا عبدها على الأصح في الروضة ، فعلى هذا لا يتعذر تعليم غيرها بطلاقها ، أما إذا أصدقها تعليمها بنفسه فطلق قبل التعليم بعد دخول أو قبله تعذر تعليمه لأنها صارت محرمة عليه لا يجوز اختلاؤه بها .

فان قيل : الأجنبية يباح النظر إليها للتعليم ، وهذه صارت أجنبية ، فهلاً جاز تعليمها ؟ .

أجيب بأن كلا من الزوجين تعلقت آماله بالآخر ، وحصل بينهما نوع ود ، فقويت التهمة ، فامتنع التعليم لقرب الفتنة ، بخلاف الأجنبي فان قوة الوحشة بينهما اقتضت جواز التعليم ، وقيل : المراد بالتعليم الذي يجوز النظر له هو التعليم الواجب كقراءة الفاتحة ، فما هنا محله في غير الواجب ، ورجح هذا السبكي ، وقيل : التعليم الذي يجوز النظر خاص بالأمرد ، بخلاف الأجنبي ، ورجح هذا الجلال المحلي ، والمعتمد الأول

تنبيه ـ أفهم تعليلهم السابق أنها لو لم تحرم الخلوة بها كأن كانت صغيرة لا تشتهى أو صارت محرما له برضاع أو نكحها ثانياً لم يتعذر التعليم ، وهو كذلك

فروع ـ لو أصدق زوجته الكتابية تعليم قرآن صح إن توقع إسلامها ، و إلافلاَ ، ولو أصدقها تعليم التوراة أو الإنجيل وهما كافران ثم أسلما أو ترافعا إلينا بعد التعليم فلا شيء لها سواه ، أو قبله وجب لها مهر المثل ، ولو أصدق الكتابية تعليم الشهادتين فإن كان في تعليمهما كلفة صح ، و إلا فلا ، كما قاله الأذرعي

وَيَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ نِصْفُ المَهْرِ

(ويسقط بالطَّلَاق) وبكل فرقة وجدت لامنها ولا بسببها (قبل الدخول كإسلامه وردته ولِعَانه وإرضاع أمه لها أو أمها له (نصفُ المهر) أما فى الطَّلَاق فلآية « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » وأما الباقى فلالقياس عليه ، وأما الفرقة التى وجدت منها قبل الدخول كإسلامها بنفسها أو بالتَّبعية لأحد أبويها أو فسخها بعيبه أو ردتها أو إرضاعها لزوجة له صغيرة أو وجدت بسببها كفسخه بعيبها تسقط المهر المسمى ابتداء ، أو المفروض الصحيح ، أو مهر المثل ، فى كل ما ذكر ، لأنها إن كانت هى الفاسخة فهى المختارة للفرقة فكأنها قد أتلفت المعوّض قبل التسليم فسقط العوض ، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هى الفاسخة .

تنبيه ـ لو ارتدَّا معاً فهل هو كردتها فيسقط المهر أو كردته فيتنصف ؟

وجهان ، صحح الأول الرويانى والنسائى والأذرعى وغيرهم ، وصحح الثانى المتولى والفارقى وابن أبى عصرون وغيرهم ، وهو أوجه .

تتمة ـ يجب لمطلقة قبل وطء متعة إن لم يجب لها شَطْر مهر ، بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شىء ، وادعى الإمام فيه الإجماع لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن ـ الآية » وتجب أيضاً لموطوأة فى الأظهر ، لعموم قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » ولأن جميع المهر وجب فى مقابلة استيفاء منفعة البضع ، فخلا الطلاق عن الجبر ، بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها ، فكان النصف جابراً للإيحاش .

قال النووى فى فتاويه : إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها ، فينبغى تعريفهن وإشاعة حكمها ليعرفن ذلك .

وتجب بفرقة لا بسببها بأن كانت من الزوج كردته ولعانه كطلَاقه فى إيجاب المتعة

(فَصْلٌ) وَالْوَلِيمَةُ عَلَى الْعُرْسِ مُسْتَحَبَّةٌ ، وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا وَاجِبَةٌ

و يسن أن لا تنقص عن ثلاثين درهما أو ما قيمته ذلك ، فان تنازعا فى قدرها قدّرها القاضى باجتهاده بحسب ما يليق بالحال ، معتبراً حالهما من يسار الزوج و إعساره ونسبها وصفاتها ، لقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره »

ثم شرع فى أحكام الوليمة ، واشتقاقها كما قال الأزهرىّ من الولم ، وهو الاجتماع ، لأن الزوجين يجتمعان ، وهى تقع على كل طعام يتّخذ لسرور حادث من عرس و إملاك وغيرهما ، لـكن استعمالها مطلقاً فى العرس أشهر

(والوليمة على العُرْس) وهو - بضم العين مع ضم الراء و إسكانها - الابتناء بالزوجة (مستحبة) مؤكدة ، لثبوتها عنه صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا ، ففى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم « أولم على بعض نسائه بمُدَّين من شعير » وأنه « أولم على صفية بتمر وسمن وأقط » وأنه قال لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج « أوْلِمْ ولو بشاة » وأقلّها للمتمكن شاة ، ولغيره ماقدر عليه ، قال النسائى : والمراد أقل الـكمال شاة ، لقول التنبيه : و بأى شىء أولم من الطعام جاز

تنبيه - لم يتعرضوا لوقت الوليمة ، واستنبط السبكى من كلام البغوى أن وقتها موسع من حين العقد ، فيدخل وقتها به ، والأفضل فعلها بعد الدخول ، لأنه صلى الله عليه وسلم « لم يولم على نسائه إلا بعد الدخول » فتجب الإجابة إليها من حين العقد ، و إن خالف الأفضل .

(والإجابة إليها واجبة) عينا لخبر الصحيحين « إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها » وخبر مسلم « شر الطعام طعام الوليمة تدعى لها الأغنياء وتترك الفقراء ، ومن لم يُجب الدعوة فقد عصى الله وسوله » قالوا : والمراد وليمة العرس ، لأنها المعهودة عندهم ، ويؤيده ما فى الصحيحين مرفوعا « إذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب » وأما غيرها من الولائم فالإجابة إليها مستحبة ، لما فى مسند أحمد عن الحسن قال : « دعى عثمان بن أبى العاص

إلاَّ مِنْ عُذْرٍ

إلى ختان فلم يجب ، وقال : لم يكن يدعى له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
وقوله (إلا لعذر) أشار به إلى أكثر شروط وجوب الإجابة ، فإن شروطه كثيرة : منها
أن لا يخص بالدعوة الأغنياء لغناهم ، لخبر « شر الطعام » ومنها أن يكون الداعى مسلما ،
ومنها أن يكون المدعو مسلما أيضا ، ومنها أن يدعوه فى اليوم الأول ، فتسن الإجابة فى
اليوم الثانى ، وتكره فى الثالث ، ومنها أن يكون الداعى مطلق التصرف ، نعم إن اتخذها
الولى من ماله وهو أب أو جد فالظاهر - كما قال الأذرعى - الوجوب ، ومنها أن لا يدعوه
لخوف منه لو لم يحضر أو طمعا فى جاهه أو إعانته على باطل ، ومنها أن يعين المدعو بنفسه
أو بنائبه ، لا إن نادى فى الناس كأن فتح الباب وقال : ليحضر من أراد ، ومنها أن لا يعتذر
المدعو إلى الداعى ويرضى بتخلفه ، ومنها أن لا يسبق الداعى غيره ، فان جاءا معا
أجاب أقربهما رحما ثم دارا ، ومنها أن لا يدعوه مَنْ أكثر ماله حرام ، فمن كان كذلك
كرهت إجابته ، فان علم أن عين الطعام حرام حرمت إجابته وإلا فلا ، وتباح الإجابة
ولا تجب إذا كان فى ماله شبهة ، ولهذا قال الزركشى : لا تجب الإجابة فى زماننا هذا
انتهى . ولكن لابد أن يغلب على الظن أن فى مال الداعى شبهة ، ومنها ألا يكون الداعى
امرأة أجنبية وليس فى موضع الدعوة محرم لها ولا للمدعو ، وإن لم يخل بها ، ومنها أن
لا يكون الداعى ظالما أو فاسقا أو شريراً أو متكلفا طالبا للمباهاة والفخر ، قاله فى الإحياء ،
ومنها أن يكون المدعو حراً فلو دعا عبداً لزمته إن أذن له سيده ، وكذا المكاتب إنْ لم
يضر حضوره بكسبه ، فان ضر وأذن له سيده فوجهان ، والأوجه عدم الوجوب ، والمحجور
عليه فى إجابة الدعوة كالرشيد ، ومنها أن يدعوه فى وقت الوليمة ، وقد تقدم وقتها ، ومنها
أن لا يكون المدعو قاضيا ، وفى معناه كل ذى ولاية عامة ، ومنها أن لا يكون معذوراً
بمرخص فى ترك الجماعة ، ومنها أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره أولا تليق به مجالسته
كالأراذل ، ومنها أن لا يكون المدعو أمرد يخاف من حضوره ريبة أو تهمة أو قالة ، ومنها

(فَصْلٌ)

أن لا يكون هناك منكر لا يزول بحضوره كشرب الخمر والضرب بآلات الملاهى ، فان كان يزول بحضوره وجب حضوره للدعوة و إزالة المنكر ، ومن المنكر فرش غير حلال كالمغصوب والمسروق وفرش جلود النمور وفرش الحرير للرجال ، ومنها أن لا يكون هناك صورة حيوان فى غير أرض و بساط ومخدة ، والمرأة إذا دعت النساء فكما ذكرنا فى الرجال ، قاله فى الروضة ، وقياس ما مر عن الأذرعى فى الأمرد أن المرأة إذا خافت من حضورها ريبة أو تهمة أو قالة لا تجب عليها الإجابة ، و إن أذن الزوج ، والأولى عدم حضورها خصوصاً فى هذا الزمان الذى كثر فيه اختلاط الأجانب من الرجال والنساء فى مثل ذلك من غير مبالاة بكشف ما هو عورة كما هو معلوم مشاهد ، ولابن الحاج المالكى اعتناء زائد بالكلام على مثل هذا وأشباهه باعتبار زمانه ، فكيف له بزمان خرق فيه السياج ، وزاد بحر فساده وهاج ؟ ولا تسقط إجابة بصوم ، فان شق على الداعى صوم نفل من المدعو فالفطر له أفضل .

ويأكل الضيف مما قدم له بلاَ لفظ ولا يتصرف فيه إلا بأكل ، ويملك الضيف ما التقمه بوضعه فى فمه كما جزم به ابن المقرى ، وللضيف أخذ ما يعلم رضا المضيف به ، ويحل نثر سكر وغيره فى الإملاك ، ولا يكره النثر فى الأصح ، ويحل التقاطه ، ولكن تركه أولى ، ويسن للضيف وإن لم يأكل أن يدعو للمضيف ، وأن يقول المالك لضيفه وغيره كزوجته وولده إذا رفع يده من الطعام : كُلْ ، ويكرره عليه مالم يتحقق أنه اكتفى منه ، ولا يزيد على ثلاث مرات ، وذكرت فى شرح المنهاج وغيره مسائل مُهِمَّة تتعلق بهذا الفصل لا بأس بمراجعتها

(فصل) فى القسم والنشوز

وَالْقَسْم ـ بفتح القاف وسكون السين ـ مصدر قَسَمْت الشىء ، وأما بالكسر فالنصيب ، والقَسَم ـ بفتح القاف والسين ـ اليمين

وَالتَّسْوِيَةُ فِى الْقَسْمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ وَاجِبَةٌ

والنشوز : هو الخروج عن الطاعة .

ويجب القَسْم لزوجتين أو زوجات ولو كن إماء ، فلا مدخل لإماء غير زوجات فيه ، وإن كن مستولدات ، قال تعالى : « فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ، أو ما ملكت أيمانكم » .

وقد شرع فى القسم الأول - وهو القَسْم - بقوله (والتسوية فى القسم) فى المبيت (بين) الزوجتين و (الزوجات) الحرائر (واجبة) على الزوج ، ولو قام بهما أو بهن عذر كمرض وحيض ورَتَق وقَرَن وإحرام ، لأن المقصود الأنس ، لا الوطء ، ولا تجب التسوية بينهما أو بينهن فى التمتع بوطء وغيره ، لكنها تسن ، وخرج بقولنا الحرائر ما لو كان تحته حرة وأمة ، فللحرة ليلتان وللأمة ليلة ، لحديث فيه مرسل ، وإذا قام بالزوجة نشوز وإن لم يحصل به إثم كمجنونة بأن خرجت عن طاعة زوجها كأن خرجت من مسكنه بغير إذنه أو لم تفتح له الباب ليدخل أو لم تمكنه من نفسها لا تستحق قسماً كما لا تستحق نفقة ، وللزوج إعراض عن زوجاته بأن لا يبيت عندهن ، لأن المبيت حقه فله تركه ، ويسن أن لا يعطلهن ، بأن يبيت عندهن ويحصنهن ، كواحدة ليس تحته غيرها ، فله الإعراض عنها ، ويسن أن لا يعطلها ، وأدنى درجاتها أن لا يخليها كل أربع ليال عن ليلة اعتباراً بمن له أربع زوجات ، والأولى له أن يدور عليهن بمسكنهن وليس له أن يدعوهن لمسكن إحداهن إلا برضاهن ، ولا أن يجمعهن بمسكن إلا برضاهن ، ولا أن يدعو بعضاً لمسكنه ويمضى لبعض آخر لما فيه من التخصيص الموحش ، إلا برضاهن أو قرعة أو غرض كقرب مسكن من يمضى إليها دون الأخرى .

والأصل فى القَسْم لمن عمله نهاراً الليل ، لأنه وقت السكون ، والنهار قبله أو بعده تبع لأنه وقت المعاش ، قال تعالى « هو الذى جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصراً »

وَلَا يَدْخُلُ عَلَى غَيْرِ الْمَقْسُومِ لَهَا لِغَيْرِ حَاجَةٍ

والأصل فى القسم لمن عمله ليلا كحارسٍ النهارُ لأنه وقت سكونه ، والليل تبع لأنه وقت معاشه ، فلو كان يعمل تارة بالنهار وتارة بالليل لم يجز أن يقسم لواحدة ليلة تابعة ونهاراً متبوعاً ولأخرى عكسه .

(و) مَنْ عمادُ قسمه الليل (لا يدخل) نهاراً (على غير المقسوم لها لغير حاجة) لتحريمه حينئذ ، لما فيه من إبطال حق صاحبة النوبة ، فان فعل وطال مكثه لزمه لصاحبة النوبة القضاء بقدر ذلك من نوبة المدخول عليها ، أما دخوله لحاجة كوضع متاع أو أخذه أو تسليم نفقة أو تعريف خبر فجائز ، لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعاً ، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس - أى وطء - حتى يبلغ إلى التى هو يومها فيبيت عندها » . ولا يقضى إذا دخل لحاجة وإن طال الزمن ، لأن النَّهار تابع مع وجود الحاجة ، وله ما سوى وطء من استمتاع للحديث السابق ، وخرجَ بقيد النهار الليل فيحرم عليه ولو لحاجة على الصحيح ، لما فيه من إبطال حق ذات النوبة ، إلا لضرورة كمرضها المَخُوف وشدة الطلق وخوف النهب والحريق ، ثم إن طال مكثه عرفا قضى من نوبة المدخول عليها مثل مكثه ، لأن حق الآدمى لا يسقط بالعذر ، فان لم يطل مكثه لم يقض لقلته ، ويأثم من تعدى بالدخول وإن لم يطل مكثه ، ولو جامع من دخل علَيها فى نوبة غيرها عصى وإن قَصُر الزمن وكان لضرورة ، قال الإمام : واللائق بالتحقيق القطعُ بأن الجماع لا يوصف بالتحريم ، ويصرف التحريم إلى إيقاع المعصية ، لا إلى ما وقعت به المعصية ، وحاصله أن تحريم الجماع لا لعينه ، بل لأمر خارج ، ويقضى المدة دون الجماع ، لا إن قصرت ، ومحل وجوب القضاء ما إذا بقيت المظلومة فى نكاحه ، فلو ماتت المظلومة بسببها فلا قضاء لخلوص الحق

للباقيات ، ولو فارق المظلومة تعذر القضاء ، أما مَنْ عماد قَسْمه النَّهار فليله كنَهار غيره ، ونهاره كليل غيره فى جميع ما تقدم ، هذا كله فى المقيم ، أما المسافر فعماد قَسْمه وقت نزوله ، ليلا كان أو نهاراً ، قليلا كان أو كثيراً ، قاله فى الروضة .

تنبيه ـ أقلُّ نوب القسم لمقيم عمله نهاراً ليلة ، ولا يجوز تبعيضها ، لما فيه من تشويش العيش وعُسْر ضبط أجزاء الليل ، ولا بليلة و بعض أخرى ، وأما طوافه صلى الله عليه وسلم على نسائه فى ليلة واحدة فمحمول على رضاهن ، أما المسافر فقد مر حكمه ، وأما من عماد قسمه النهار كالحارس فظاهر كلامهم أنه لا يجوز له تبعيضه كتبعيض الليل ممن يقسم ليلاً ، وهو الظاهر ، ويحتمل أنه يجوز لسهولة الضبط ، والاقتصار على الليلة أفضل من الزيادة عليها ، اقتداء به صلى الله عليه وسلم ، وليقرب عهده بهن ، و يجوز ليلتين وثلاثاً بغير رضاهن ، ولا تجوز الزيادة عليهن بغير رضاهن ، و إن تفرقن فى البلاد ، لئلا يؤدى إلى المهاجرة والإيحاش للباقيات بطول المقام عند الضرة ، وقد يموت فى المدة الطويلة فيفوت حقهن ، وتجب القرعة للابتداء بواحدة منهن عند عدم رضاهن وتحرزا عن الترجيح مع استوائهن فى الحق ، فيبدأ بمن خرجت قرعتها ، فاذا مضت نوبتها أقرع بين الباقيات ، ثم بين الأخيرتين ، فاذا تمت النوبة راعى الترتيب ، ولا حاجة إلى إعادة القرعة ، بخلاف ما لو بدأ بلا قرعة ، فانه يقرع بين الباقيات ، فاذا تمت النوبة أقرع للابتداء .

(و إذا أراد) الزوجُ (السفرَ) لنقله ولو سفراً قصيرا حرم عليه أن يستصحب بعضهن دون بعض ولو بقرعة ، فان سافر ببعضهن ولو بقرعة قضى للمستخلفات ، ولو نقل بعضهن بنفسه وبعضهن بوكيله قضى لمن مع الوكيل ، ولا يجوز أن يتركهن ، بل ينقلهن أو يطلقهن لما فى ذلك من قطع أطماعهن من الوقاع ، فأشبه الإيلاء ، بخلاف ما لو امتنع من

أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ وَخَرَجَ بِالَّتِي تَخْرُجُ لَهَا الْقُرْعَةُ

الدخول إليهن وهو حاضر لأنه لا ينقطع رجاؤهن ، وفى باقى الأسفار الطويلة أو القصيرة المباحة إذا أراد استصحاب بعضهن (أقرع بينهن) وجوبا ، كما اقتضاه إيراد الروضة وأصلها ، عند تنازعهن (وخرج بالتى تخرج عليها) سهم (القرعة) لما روى الشيخان أنه صلى الله عليه وسلم « كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » وسواء أكان ذلك فى يومها أم فى يوم غيرها ، وإذا خرجت القرعة لصاحبة النوبة لا تدخل نوبتها فى مدة السفر، بل إذا رجع وَفَّى لها نوبتها ، وإذا خرجت القرعة لواحدة فليس له الخروج بغيرها ، وله تركها ، ولو سافر بواحدة أو أكثر من غير قرعة عصى وقضى ، فان رضين بواحدة جاز بلا قرعة وسقط القضاء ، ولهن الرجوع قبل سفرها ، قال الماوردى : وكذا بعده ، ما لم يجاوز مسافة القصر : أى يصل إليها ، وإذا سافر بالقرعة لا يقضى للزوجات المتخلفات مدة سفره ، لأنه لم يتعد ، والمعنى فيه أن المستصحبة وإن فازت بصحبته فقد لحقها من تعب السفر ومشقته مايقابل ذلك ، والمتخلفة وإن فاتها حظها من الزوج فقد ترفهت بالراحة والإقامة ، فتقابل الأمران ، فاستويا ، وخرج بالأسفار المباحة غيرها ، فليس له أن يستصحب فيها بعضهن بقرعة ولا بغيرها ، فان فعل عصى ولزمه القضاء للمتخلفات ، وخرج بالزوجات الإماء ، فله أن يستصحب بعضهن بغير قرعة ، فان وصل المقصد وصار مقيما قضى مدة الإقامة لخروجه عن حكم السفر ، هذا إن ساكن المصحوبة ، أما إذا اعتزلها مدة الإقامة فلا يقضى كما جزم به فى الحاوى ، ولا يقضى مدة الرجوع كما لا يقضى مدة الذهاب .

تنبيه — مَنْ وهبت من الزوجات حقها من القَسْم لغيرها لم يلزم الزوج الرضا بذلك لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع ، فإن رضى بالهبة ووهبت لمعينة منهن بات عندها ليلتيهما كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم لما وهبت سودة نوبتها لعائشة رضى

وَإِذَا تَزَوَّجَ جَدِيدَةً خَصَّهَا بِسَبْعِ لَيَالٍ إِنْ كَانَتْ بِكْرًا وَبِثَلَاثٍ إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا

الله تعالى عنهما ! وإن وهبته للزوج فقط كان له التخصيص بواحدة فأكثر لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء ، ولو وهبت له ولبعض الزوجات أوله وللجميع قسم ذلك على الرءوس كما بحثه بعض المتأخرين ، ولا يجوز للواهبة أن تأخذ على المسامحة بحقها عوضا لا من الزوج ولا من الضرائر ، لأنه ليس بعين ولا منفعة ، لأن مقام الزوج عندها ليس بمنفعة ملكتها عليه ، وقد استنبط السبكى من هذه المسألة ومن خلع الأجنبى جواز النزول عن الوظائف ، والذى استقر عليه رأيه أن أخذ العوض فيه جائز ، وأخذه حلال لإسقاط الحق ، لا لتعلق حق المنزول له ، بل يبقى الأمر فى ذلك إلى ناظر الوظيفة يفعل ما فيه المصلحة شرعا ، وبسط ذلك ، وهذه مسألة كثيرة الوقوع فاستفدها ، وللواهبة الرجوع متى شاءت ، فاذا رجعت خرج فوراً ، ولا ترجع بالماضى قبل العلم بالرجوع ، وإن بات الزوج فى نوبة واحدة عند غيرها ثم ادعى أنها وهبته حقها وأنكرت لم يقبل قوله إلا ببينة .

(وإذا تزوج) حر أو عبد فى دوام نكاحه (جديدة) ولو معادة بعد البينونة (خصَّها) كل منهما وجوبا (بسبع ليال) متوالية بلا قضاء للباقيات (إن كانت بكراً) على خلقتها أو زالت بغير وطء (وبثلاث) ليال متوالية بلا قضاء للباقيات (إن كانت ثيبا) لخبر ابن حبان فى صحيحه «سبع للبكر ، وثلاث للثيب» والمعنى فى ذلك زوال الحشمة بينهما ، ولهذا سوى بين الحرة والأمة ، لأن ما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية كمدة العنة والإيلاء ، وزيد للبكر لأن حياءها أكثر ، والحكمة فى الثلاث والسبع أن الثلاث مغتفرة فى الشرع والسبع عدد أيام الدنيا ، وما زاد عليها تكرار ، فان فرّق ذلك لم يحسب لأن الحشمة لا تزول بالمفرق ، واستأنف وقضى المفرق للأخريات

وَإِذَا خَافَ نُشُوزَ الْمَرْأَةِ وَعَظَهَا ، فَإِنْ أَبَتْ إِلاَّ النُّشُوزَ هَجَرَهَا

تنبيه ـ دخل فى الثيب المذكورة من كانت ثيوبتها بوطء حلال أوحرام أووطء شبهه ، وخرج بها من حصلت ثيوبتها بمرض أووثبة أونحو ذلك ، ويسن تخيير الثيب بين ثلاث بلاقضاء وبين سبع بقضاء ، كما فعل صلى الله عليه وسلم بأم سلمة رضى الله تعالى عنها حيث قال لها : « إن شئت سَبَّعتُ عندك وسبعت عندهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودرت» أى بالقَسْم الأول بلا قضاء ، وإلاَّ لقال وثلثت عندهن كما قال وسبعت عندهن ، ولا يتخلف بسبب ذلك عن الخروج للجماعات وسائر أعمال البر كعيادة المرضى وتشييع الجنائز مدة الزفاف ، إلا ليلا فيتخلف وجوبا تقديما للواجب ، وهذا ما جرى عليه الشيخان ، وإن خالف فيه بعض المتأخرين ، وأما ليالى القسم فتجب التسوية بينهن فى الخروج وعدمه ، فاما أن يخرج فى ليلة الجميع أو لا يخرج أصلا ، فان خص ليلة بعضهن بالخروج أثم .

ثم شرع فى القسم الثانى — وهو النشوز — بقوله (وإذا خاف) الزوج (نشوز المرأة) بأن ظهرت أمارات نشوزها : فعلا كأن يجد منها إعراضا أو عبوسا بعد لطف وطلاقة وجه ، أو قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين (وعظها) استحبابا لقوله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن » كأن يقول لها : اتقى الله فى الحق الواجب لى عليك ، واحذرى العقوبة ، بلا هجر ولا ضرب ، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم ، فلعلها تبدى عذرا أو تتوب عما وقع منها بغير عذر ، وحسن أن يذكر لها ما فى الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح » وفى الترمذى عن أم سلمة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة » (فان أبت) مع وعظه (إلا النشوز هَجَرَهَا) فى المضجع : أى يجوز له ذلك ، لظاهر الآية ، ولأن فى الهجر أثراً ظاهراً فى تأديب النساء ، والمراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه ، وخرج

فَإِنْ أَقَامَتْ عَلَيْهِ هَجَرَهَا وَضَرَبَهَا ، وَيَسْقُطُ بِالنُّشُوزِ قَسْمُهَا

بالهجران فى المضجع الهجران فى الكلام ، فلا يجوز الهجر به لا لزوجة ولا لغيرها فوق ثلاثة أيام ، ويجوز فيها ، للحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وفى سنن أبى داود « فمن هجر فوق ثلاثة أيام فمات دخل النار » وحمل الأذرعى وغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردها لحظ نفسه ، فان قصد به ردها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم ، وهذا مأخوذ من قولهم : يجوز هجر المبتدع والفاسق ونحوهما ومَنْ رجا بهجره صلاح دين الهاجر أو المهجور ، وعليه يحمل هجره صلى الله عليه وسلم كعب بن مالك وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم ونهيه صلى الله عليه وسلم الصحابة عن كلامهم ، وكذا هجر السلف بعضهم بعضا (فان أقامت عليه) أى أصرَّتْ على النشوز بعد الهجر المرتب على الوعظ (ضربها) ضربا غير مُبَرِّحٍ لظاهر الآية فتقديرها : واللاَّتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، فان نشزن فاهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن ، والخوف هنا بمعنى العلم ، كقوله تعالى « فمن خاف من موص جَنَفًا أو إثما » .

تنبيه — ظاهر كلام المصنف أنه لا يضرب إلا إذا تكرر منها النشوز ، وهو ما رجحه جمهور العراقيين وغيرهم ، ورجحه الرافعى ، والذى صححه النووى جواز الضرب وإن لم يتكرر النشوز ، لظاهر الآية ، وإنما يجوز الضرب إذا أفاد ضربها فى ظنه ، وإلا فلا يضربها كما صرح به الإمام وغيره ، وخرج بقوله غير مبرح المبرح فانه لا يجوز مطلقا ، ولا يجوز على الوجه والمهالك ، والأولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهى عن ضرب النساء محمول على ذلك ، أو على الضرب بغير سبب يقتضيه ، وهذا بخلاف ولى الصبى ، فالأولى له عدم العفو ، لأن ضربه للتأديب مصلحة له ، وضرب الزوج زوجته مصلحة لنفسه .

(ويسقط بالنشوز قَسْمُها) الواجب لها ، والنشوز يحصل بخروجها من منزل زوجها بغير إذنه ، لا إلى القاضى لطلب الحق منه ، ولا إلى اكتسابها النفقة إذا أعسر بها الزوج ،

وَنَفَقَتُهَا

ولا إلى استفتاء إذا لم يكن زوجها فقيها ولم يستفت لها ، ويحصل أيضا بمنعها الزوج من الاستمتاع ولو غير الجماع حيث لاعذر ، لامنعها له منه تدللا ، ولا الشتم له ، ولا الإيذاء له باللسان أو غيره ، بل تأثم به ، وتستحق التأديب (و) تسقط به أيضا حيث لا عذر (نفقتها) وتوابعها كالسكنى وآلات التنظيف ونحوها ، فان كان بها عذر كأن كانت مريضة أومضناة لا تحتمل الجماع أو بفرجها قروح أو كانت مستحاضة أوكان الزوج عَبْلاً أى كبير الآلة يضر بها وطؤه فلا تسقط نفقتها لعذرها .

تنبيه — قضية إطلاق المصنف كغيره تناوله نشوز بعض اليوم ، وهو الأصح ، ومرادهم بالسقوط هنا منع الوجوب ، لا سقوط ما وجب ، حتى لو نشزت قبل الفجر وطلع الفجر وهى ناشزة فلا وجوب ، ولا يقال سقطت لأن السقوط فرع الوجوب ، وسكت المصنف عن سقوط الكسوة بالنشوز اكتفاء بجعلهم الكسوة تابعة للنفقة تجب بوجوبها وتسقط بسقوطها ، وسيأتى تحرير ذلك فى فصل نفقة الزوجة إن شاء الله تعالى .

تتمة — لو منع الزوج زوجته حقا لها كقسم ونفقة ألزمه القاضى توفيته إذا طلبته لعجزها عنه ، فان أساء خلقه وأذاها بضرب أوغيره بلاسبب نهاه عن ذلك ولا يعزره ، فان عاد إليه وطلبت تعزيزه من القاضى عزره بما يليق به لتعديه عليها ، وإنما لم يعزره فى المرة الأولى وإن كان القياس جوازه إذا طلبته لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر أولا على النهى لعل الحال يلتئم بينهما ، فان عاد عزره ، وإن قال كل من الزوجين إن صاحبه متعد عليه تعرف القاضى الحال الواقع بينهما بثقة يخبرهما ، ويكون الثقة جارا لهما ، فان عدم أسكنهما بجنب ثقة ليتعرف حالهما ثم ينهى إليه ما يعرفه ، فاذا تبين للقاضى حالهما منع الظالم منهما من عوده لظلمه ، فان اشتد الشقاق بينهما بعث القاضى حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا فى أمرهما ، والبعث واجب ، ومن أهلهما سنة ، وهما وكيلان لهما لا حكمان من جهة الحاكم فيوكل هو حكمه

(فصلٌ) وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ

بطلاق أو خلع ، وتوكل هى حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به ، ويفرقا بينهما إن رأياه صوابا ، ويشترط فيهما : إسلامٌ ، وحرية ، وعدالة ، واهتداء إلى المقصود من بعثهما له ، وإنما اشترط فيهما ذلك — مع أنهما وكيلان — لتعلق وكالتهما بنظر الحاكم كما فى أمينه ويسن كونهما ذكرين ، فان اختلف رأيهما بعث القاضى اثنين غيرهما حتى يجتمعا على شىء ، فان لم يرض الزوجان ببعث الحكمين ولم يتفقا على شىء أدب القاضى الظالم منهما واستوفى للمظلوم حقه .

(فصل) فى الخلع

وهو لغةً مشتق من خلع الثوب ، لأن كلا من الزوجين لباس الآخر ، قال تعالى : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه .

وشرعا : فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مُفَاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج .

فقول المصنف (والخلع جائز على عوض معلوم) يقيد بما ذكر ، فخرج بمقصود الخلع بدم ونحوه فانه رجعى ولا مال ، ودخل براجع لجهة الزوج وقوع العوض للزوج ولسيده وما لو خالعت بما ثبت لها من قَوَد أوغيره ، وخرج به ما لو علق الطلاق بالبراءة مما لها على غيره فيقع رجعيا ، وخرج بمعلوم العوض المجهول كثوب غير معين فيقع بائنا بمهر المثل .

والأصل فى ذلك قبل الإجماع قوله تعالى : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئا » والأمر به فى خبر البخارى فى امرأة ثابت بن قيس بقوله له : « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهو أول خلع وقع فى الإسلام .

والمعنى فيه أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع ، فالنكاح كالشراء ، والخلع كالبيع ، وأيضا فيه دفع الضرر عن المرأة غالبا ، ولكنه مكروه ، لما فيه من قطع النكاح الذى هو مطلوب الشرع لقوله

وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ بِهِ نَفْسَهَا وَلاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا إلاَّ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ

صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » قال فى التنبيه : إلا فى حالتين الأولى : أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله ، الثانية : أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لا بد له منه ، فيخلعها ، ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ، وذكرت فى شرحه صوراً أخرى لا كراهة فيها ، فمن أراد ذلك فليراجعه .

وأركان الخلع خمسة : ملتزم للعوض ، وبضع ، وعوض ، وصيغة ، وزوج .

وشُرط فيه صحة طلاقه ، فيصح من عبد ومحجور عليه بسفه ، ويدفع العوض لمالك أمرهما من سيد وولى .

وشُرط فى الملتزم قابلا كان أو ملتمسا إطلاق تصرف مالى ، فلو اختلعت أمة ولو مكاتبة بلا إذن سيدها بعين من ماله أو غيره بانت بمهر المثل فى ذمتها ، أو بدين فبالدين تبين ، ثم ما ثبت فى ذمتها إنما تطالب به بعد العتق واليسار ، وإن اختلعت بإذنه فان أطلق الإذن وجب مهر المثل فى كسبها ومما فى يدها من مال تجارة ، وإن قدر لها دينا فى ذمتها تعلق المقدر بذلك أيضاً ، وإن عين لها عينا من ماله تعينت ، ولو اختلعت محجورة بسفه طلقت رجعيا ولغا ذكر المال ، أو مريضة مرض موت صح وحسب من الثلث زائدا على مهر المثل .

(وتملك المرأة) المختلعة (به نَفْسَهَا) أى بضعها الذى استخلصته بالعوض (ولا رجعة له عليها) فى العدة لانقطاع سلطنته بالبَيْنُونة المانعة من تسلطه على بضعها (إلا بنكاح) أى بعقد (جديد) عليها بأركانه وشروطه المتقدم بيانها فى موضعه

ويصح عوض الخلع قليلا أو كثيراً ديناً وعيناً ومنفعة ، لعموم قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولو قال : إن ابرأتنى من صداقك أو من دينك فأنت طالق ، فابرأته وهى جاهلة بقدره ، لم تطلق ، لأن الإبراء لم يصح ، فلم يوجَدْ ما علق عليه

وَيَجُوزُ الْخُلْعُ فِي الطُّهْرِ وَفِى الْحَيْضِ ، وَلاَ يَلْحَقُ الْمُخْتَلِعَةَ الطَّلاَقُ

الطلاق ، ولو خالعها على ما فى كفها ولم يكن فيه شىء وقع بائنا بمهر المثل على الأرجح فى الزوائد

وشرط فى الصيغة ما مر فيها فى البيع على ما يأتى ، ولكن لا يضر هنا تخلل كلام يسير

ولفظ الخلع صريح فى الطلاق فلا يحتاج معه لنية ، لأنه تكرر على لسان حملة الشرع ، وهذا ما جرى عليه فى المنهاج تبعاً للبغوى وغيره ، وقيل : كناية فى الطلاق ، وهذا ما نص عليه فى مواضع فى الأم ، والأصح كما فى الروضة أن الخلع والمفاداة إن ذكر معهما المال فهما صريحان فى الطلاق ، لأن ذكره يشعر بالبينونة ، وإلا فكنايتان

(ويجوز الخلع فى الطهر) الذى جامعها فيه لأنه لا يلحقه ندم بظهور الحمل لرضاه بأخذ العوض ، ومنه يعلم جوازه فى طهر لم يجامعها فيه من باب أولى (و) يجوز أيضاً فى (الحيض) لأنها ببذلها الفداء لخلاصها رضيت لنفسها بتطويل العدة

(ولا يلحق المختلعة) فى عدتها (طلاق) بلفظ صريح أو كناية ، ولا إيلاء ، ولا ظهار ، لصيرورتها أجنبية بافتداء بُضْعِها ، وخرج بقيد المختلعة الرجعية فيلحقها الطلاق إلى انقضاء العدة لبقاء سلطنته عليها ، إذ هى كالزوجة فى لحوق الطلاق والإيلاء والظهار واللعان والميراث

تتمة — لو ادعت خلعاً فأنكر الزوج صدق بيمينه ، لأن الأصل عدمه ، فإن أقامت بينة رجلين عمل بها ولا مال لأنه ينكره ، إلا أن يعود و يعترف بالخلع فيستحقه قاله الماوردى ، أو ادعى الخلع فأنكرت بأن قالت : لم تطلقنى ، أو طلقتنى مجاناً ، بانت بقوله ولا عوض عليها ، إذ الأصل عدمه ، فتحلف على نفيه ، ولها نفقة العدة ، فإن أقام بينة أو شاهداً وحلف معه ثبت المال كما قاله فى البيان ، وكذا لو اعترفت بعد يمينها بما ادعاه قاله الماوردى ، ولو اختلفا فى عدد الطلاق كقولها : سألتك ثلاث طلقات بألف

(فَصْلٌ)

فأجبتنى ، فقال : واحدة بألف فأجبتك ، أو فى صفة عوضه كدراهم ودنانير أو صحاح ومكسرة ، سواء اختلفا فى التلفظ بذلك أو فى إرادته كأن خالع بألف وقال : أردنا دنانير فقالت : دراهم ، أوقدره كقوله : خالعتك بمائتين ، فقالت: بمائة ، ولا بينة لواحد منهما ، أو لكل منهما بينة ، وتعارضتا ، تحالفا كالمتبايعين فى كيفية الحلف ، ومَنْ يبدأ به ، ويجب بينونتها بفسخ العوض منهما أو من أحدهما ، والحاكم مهر مثل ، وإن كان أكثر مما ادعاه لأنه المراد ، فان كان لأحدهما بينة عمل بها ، ولو خالع بألف مثلا ونويا نوعا من نوعين بالبلد لزم إلحاقا للمنوى بالملفوظ ، فان لم ينويا شيئا حُمِل على الغالب ، إن كان وإلا لزم مهر المثل

(فصل) فى الطلاق

وهو لغةً : حلُّ القيد ، وشرعا : حلُّ عقد النكاح بلفظ الطَّلَاق ونحوه ، وعرفه النووى فى تهذيبه بأنه : تصرف مملوك للزوج يُحْدِثه بِلَا سبب فيقطع النكاح

والأصل فيه قبل الإجماع الكتابُ كقوله تعالى « الطَّلَاقُ مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » والسنة كقوله صلى الله عليه وسلم « ليس شىء من الحلال أبغض إلى الله تعالى من الطَّلَاق »

وأركانه خمسة : صيغة ، ومحل ، وولاية ، وقصد ، ومطلِّق

وشُرِط فى المطلق ولو بالتعليق : تكليف ، فلَا يصح من غير مكلف ، لخبر « رُفِعَ القلم عن ثلَاث » إلا السكران فيصح منه مَعَ أنه غير مكلف كما نقله فى الروضة عن أصحابنا وغيرهم فى كتب الأصول تغليظا عليه ، واختيار ، فلا يصح من مكره وإن لم يورِّ ، لإطلاق خبر « لا طلاق فى إغلاق » أى : إكراه

وَالطَّلَاقُ ضَرْبَانِ : صَرِيحٌ ، وَكِنَايَةٌ ، فَالصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ الطَّلَاقُ ، وَالْفِرَاقُ وَالسَّرَاحُ

وشرط الإكراه : قدرة مكره – بكسر الراء – على تحقيق ماهدد به بولاية أو تغليب عاجلا ظالماً ، وعَجْز مكره – بفتح الراء – عن دفعه بهرب وغيره ، وظنه أنه إن امتنع حقق ما هدد به ، ويحصل الإكراه بتخويف بمحذور كضرب شديد أو نحو ذلك كحبس

ثم شرع المصنف فى الركن الثانى – وهو الصيغة – بقوله (والطَّلَاق ضربان) فقط (صريح) وهو : ما لا يحتمل ظاهره غير الطَّلَاق ، فلا يحتاج إلى نية لإيقاع الطَّلَاق ، كما سيأتى ، فلو قال : لم أنوِ به الطلاق ، لم يقبل ، وحكى الخطابى فيه الإجماع (وكناية) وهو : ما يحتمل الطّلَاق وغيره ، فيحتاج إلى نية لإيقاعه كما سيأتى ، فانحصر الطّلَاق فى هذين القسمين ، وماوقع للدميرى من قوله : لنا طلاق يقع بلا صريح ولا كناية ، وصوره باعتراف الزوجين بفِسْقِ الشهود حالة العقد ، هو على وجه ضعيف ، والصحيح فى الروضة أنها فرقة فسخ

تنبيه – أفهم كلامُ المصنف أنه لا يقع طلاق بنية من غير لفظ ، وهو كذلك ، ولا بتحريك لسانه بكلمة الطَّلَاق إذا لم يرفَعْ صوته بقدر ما يُسْمِعُ نفسه مع اعتدال سمعه ، وعدم المانع لأن هذا ليس بكلام

(فالصريح ثلاثة ألفاظ) فقط كما قاله الأصحاب : (الطَّلَاقُ) أى ما اشتق منه لاشتهاره فيه لغةً وعُرْفاً (و) كذا (الفراق ، وَالسَّرَاح) بفتح السين : أى ما اشتق منهما على المشهور فيهما لورودهما فى القرآن بمعناه ، وأمثلة المشتق من الطلاق : كطلقتك ، وأنت طالق ، ويامطلقة ، وياطالق ، لاأنت طلاق والطلاق ، فليسا بصريحين ، بل كنايتان ، لأن المصادر إنما تستعمل فى الأعيان توسعا ، ويقاس بما ذكر : فارقتك ،

وَلا يَفْتَقِرُ صَرِيحُ الطلاقِ إلى النِّيَّةِ

وسرحتك ، فهما صريحان ، وكذا أنت مفارقة ، ومسرحة ، ويا مفارقة ، ويا مسرحة ، وأنت فراق والفراق وسراح والسراح كنايات .

فروع — لو قال : أنت طالق من وثق ، أو من العمل ، أو سرحتك إلى كذا ، كان كناية ، إن قصد أن يأتى بهذه الزيادة قبل فراغه من الحلف ، وإلا فصريح ، ويجرى ذلك فيمن يحلف بالطلاق من ذراعه أو فرسه أو رأسه أو نحو ذلك ، فلو أتى بالتاء المثناة من فوق بدل الطاء كأن يقول : أنت تالق ، كان كناية كما قاله بعض المتأخرين ، سواء كانت لغته كذلك أم لا ، ولو قال : نساء المسلمين طوالق ، لم تطلق زوجته إن ينو طلاقها بناء على الأصح من أن المتكلم لا يدخل فى عموم كلامه ، وترجمة لفظ الطلاق بالعجمية صريح لشهرة استعمالها فى معناها عند أهلها ، دون ترجمة الفراق والسراح فانها كناية كما صححه فى أصل الروضة ، للاختلاف فى صراحتهما بالعربية فضعفا بالترجمة .

(ولا يفتقر) وقوع الطلاق بصريحه (إلى النية) إجماعا إلا فى المكره عليه ، فانه يشترط فى حقه النية إن نواه وقع على الأصح وإلا فلا ، وكذا الوكيل فى الطلاق يشترط فى حقه إذا طلق عن موكله بالصريح النية إن كان لموكله زوجة أخرى ، كما رجحه فى الخادم لتردده بين زوجتين ، فلا بد من تمييز ، قال : أما إذا لم يكن لموكله غيرها ففى اشتراط النية نظر لتعين المحل القابل للطلاق من أهله ، انتهى . والظاهر أنه لا يشترط .

فان قيل : كيف يقال إن الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكناية مع أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعناه ولا يكفى قصد حروف الطلاق من غير قصد معناه .

أجيب بأن كلا من الصريح والكناية يشترط فيه قصد اللفظ لمعناه ، والصريح لا يحتاج إلى قصد الإيقاع ، بخلاف الكناية فلا بد فيها من ذلك .

فروع - قوله : الطلاق لازم لى ، أو واجب على ، صريح ، بخلاف قوله : فرض على ، للعرف

وَالْكِنَايَةُ : كُلُّ لَفْظٍ احْتَمَلَ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ

فى ذلك ، ولو قال : على الطّلاق ، وسكت ، ففى البحر عن المزنى أنه كناية ، وقال الصيمرى : إنه صريح ، قال الزركشى : وهو الحق فى هذا الزمن لاشتهاره فى معنى التطليق ، وهذا هو الظاهر ، وقوله لها : طلقك الله ، ولغريمه : أبرأك الله ، ولأمته أعتقك الله ، صريح فى الطّلاق والإبراء والعتقِ ، إذ لا يطلّق الله ولا يبرئ الله ولا يعتقُ إلا والزوجة طالقٌ والغريم برىء والأمة معتقة ، بخلاف ما لو قال : باعك الله ، أو أقالك الله ، فانه كناية ، لأن الصيغ هنا قوية لاستقلالها بالمقصود ، بخلاف صيغتى البيع والإقالة

(والكناية : كل لفظ احتمل الطّلاقَ وغيره) ولا يخالف هذا قول البغوى فى تهذيبه : هى كل لفظ ينبىء عن الفرقة و إن دقّ ، ولا قول الرافعى : هى ما احتمل معنيين فصاعدا وهى فى بعض المعانى أظهر ، لرجوع ذلك كله إلى معنى واحد (وتفتقر) فى وقوع الطّلاقَ بها (إلى نية) إجماعا ، إذ اللفظ متردد بين الطلاق وغيره ، فلا بد من نية تميز بينهما ، وألفاظها كثيرة لا تكاد تنحصر ذكر المصنف بعضها فى بعض النسخ بقوله (مثل أنت خَلِيَّة) أى : خالية منى ، وكذا يقدر الجار والمجرور فيما بعده (و) أنت (بَتَّة) بمثناة قبل آخره : أى مقطوعة الوصلة ، مأخوذة من البت وهو القطع

تنبيه — تنكير البتة جوزه الفراء ، والأصح — وهو مذهب سيبويه — أنه لا يستعمل إلا معرفا باللّام

(و) أنت (بائن) من البين ، وهو الفراقُ

تنبيه — قوله بائن : هو اللغة الفصحى ، والقليل بائنة

(و) أنت (حرام) أى محرمة علىَّ ممنوعة للفرقة (و) أنت (كالميتة) أى فى التحريم شبه تحريمها عليه بالطلاقِ كتحريم الميتة (واغربى) — بمعجمة ، ثم راء — أى : صيرى

. . . .

غريبة بلا زوج ، وأما اعزبى ـ بالمهملة والزاى ـ فذكره المصنف بمعناه كما سيأتى (واستبرئى رحمك) أى لأنى طلقتك ، وسواء فى ذلك المدخول بها وغيرها (وَتَقَنَّعِى) أى : استرى رأسك بالقناع ، لأنى طلقتك ، والقِناع — بكسر القاف — والمقنعة — بكسر الميم — ما تغطى به المرأة رأسها ومحاسنها (وابعـدى) أى : منى لأنى طلقتك ، (واذهبى) أى : عنى لأنى طلقتك ، وهما بمعنى اعزبى بالمهملة والزاى (والْحَقِى بأهلك) ـ بكسر الهمزة وفتح الحاء ـ وقيل : بالعكس ، وجعله المطرزى خطأ : أى لأنى طلقتك سواء أكان لها أهل أم لا (وماأشبهه) من ألفاظ الكنايات ، كتجردى ، وتزودى ، أى : استعدى للحوق بأهلك ، ولا حاجة لى فيك ، أى لأنى طلقتك ، وذوقى : أى مرارة الفراق ، وحَبْلُكِ على غاربك : أى خليت سبيلك كما يخلى البعير فى الصـحراء وزمامه على غاربه ـ وهو : ماتقدم من الظهر وارتفع من العنق ـ ليرعى كيف شاء ، ولاأَنْدَهُ سَرْبَكِ من النده وهو الزجر : أى لا أهتم بشأنك ، لأنى طلقتك ، والسَّرب — بفتح السين وسكون الراء المهملتين — الإبل ومايرعى من المال ، أما بكسر السين فالجماعة من الظباء والبقر ، ويجوز كسر السين هنا ، وخرج بقيد شبه ماذكره مالايشبهه من الألفاظ نحو : بارك الله فيك ، وأطعمينى ، واسقينى ، وزودينى ، وقومى ، واقعدى ، ونحو ذلك فلايقع به طلاق وإن نواه لأن اللفظ لايصلح له

(فان نوى بجميع ذلك) أى بلفظ من ألفاظه (الطَّلَاقَ) فيه (وقع) إن اقترن بكل اللفظ كما فى المنهاج كأصله ، وقيل : يكفى اقترانها بأوله وينسحب ما بعده عليه ، ورجحه الرافعى فى الشرح الصغير ، وصوبه الزركشى ، والذى رجحه ابن المقرى ـ وهو المعتمد ـ أنه يكفى اقترانها ببعض اللفظ ، سواء كان من أوله أو وسطه أو آخره ، إذ اليمين إنما تعتبر بتمامها

. . . .

تنبيه — اللفظ الذى يعتبر قرن النية به هو لفظ الكناية كما صرح به الماوردى والرويانى ، والبندنيجى ، لكن مثل له الرافعى تبعاً لجماعة بقرنها بأنت من أنت بائن مثلا ، وصوب فى المهمات الأول ، لأن الكلام فى الكنايات ، والأوجه الاكتفاء بما قاله الرافعى ، لأن أنت و إن لم يكن جزأ من الكناية فهو كالجزء منها لأن معناها المقصود لا يتأدى بدونه

(و إن لم ينو) بلفظ من ألفاظ الكنايات المذكورة (لم يقع) طلاق ، لعدم قصده ، و إشارةُ ناطق و إن فهمها كل أحد بطلاق كأن قالت له زوجته «طلقنى» فأشار بيده أن اذهبى لغو لا يقعُ به شيء ، لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة يفهم أنه غير قاصد للطّلاَق و إن قصده بها فهى لا تقصد للافهام إلا نادراً ، و يعتد بإشارة أخرس ، ولو قدر على الكتابة كما صرح به الإمام فى العقود كالبيع وفى الأقارير وفى الدعاوى وفى الحلول كالطلاق والعتق ، واستثنى فى الدقائق شهادته و إشارته فى الصلاة فلا يعتد بها ، ولا يحنث بها فى الحلف على عدم الكلام ، فان فهم طلاقه مثلا بإشارته كل أحد من فطن وغيره فصريحة لا تحتاج لنيةٍ ، و إن اختص بطلاقه مثلا بإشارته فَطِنون فكناية تحتاج إلى النية

تتمة ـ لو قال لزوجته : إن أبرأتنى من دينك فأنت طالق ، فابرأته براءة صحيحة ، وقع الطلاق بائنا ، بخلاف مالو قال لغيرها : إن أبرأتنى من دينك فزوجتى طالق ، فابرأته براءة صحيحة ، وقع الطلاق رجعيا ، لأنه تعليق محض ، ولو قال لزوجته : إن دخلت الدار ووجدت فيه شيئاً من متاعك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق ، فوجد فى البيت هاونا لها لم تطلق ، كما جزم به الخوارزمى ورجحه الزركشى ، للاستحالة ، وقيل : تطلق قبيل موته أو موتها لليأس ، ولو قال لزوجته : إن قبلت ضرتك فأنت طالق ، فقبلها ميتة

وَالنِّسَاءُ فِيهِ ضَرْبَانِ : ضَرْبٌ فِى طَلَاقِهِنَّ سُنَّةٌ وَ بِدْعَةٌ ، وَهُنَّ ذَوَاتُ الْحَيْضِ ، فَالسُّنَّةُ أَنْ يُوقِعَ الطَّلَاقَ فِى طُهْرٍ غَيْرِ مُجَامَعٍ فِيهِ

لم تطلق ، بخلاف تعليقه بتقبيل أمه ، فانها تطلق بتقبيله لها ميتة ، إذ قبلة الزوجة قبلة شهوة ، ولا شهوة بعد الموت ، والأم لا فرق فيها بين الحياة والموت ، لأن قبلتها قبلة شفقة وكرامة ، أكرمنا الله سبحانه وتعالى وجميع أهلنا ومشايخنا وأصحابنا والمسلمين بالنظر إلى وجهه الكريم .

(فصـــل)

والترجمة بالفصل ساقطة فى أكثر النسخ ، وهو فى الطلاق السنى وغيره ، وفيه اصطلاحان: أحدهما- وهو أضبط - ينقسم إلى سنى وبدعى ، وثانيهما- وهو أشهر - ينقسم إلى سنى وبدعى ولا ولا ، و يعلم ذلك من كلام المصنف .

فائدة - قسم جماعة الطلاق إلى الأحكام الخمسة : واجب كطلاق الحكَم فى الشقاق، ومندوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كأن تكون غير عفيفة ،وحرام كالطلاق البدعى كما سيأتى ، ومكروه كطلاق مستقيمة الحال ، وعليه حمل « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » ، وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهواها الزوج ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها .

(والنساء فيه) أى فى حكم الطلاق (ضربان : ضرب فى طلاقهن سنة) أى لا تحريم فيه (و بدعة) أى حرام (وهن ذوات الحيض) وأشار إلى القسم الأول بقوله (فالسنة) أى السنى (أن يوقِعَ الطّلَاقَ) على مدخول بها ليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة (فى طهر غير مجامَعٍ فيه) ولا فى حَيْض قبله ، وذلك لاستعقابه الشروع فى العدة وعدم الندم فيمن ذكرت ، وقد قال تعالى « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » أى :

وَالْبِدْعَةُ أَنْ يُوقِـعَ الطَّلَاقَ فى الْحَيْضِ أَوْ فى طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ

فى الوقت الذى يشرعن فيه فى العدة

وأشار إلى القسم الثانى بقوله (والبدعـة أن يوقِعَ الطّلَاق) على مدخول بها (فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه) وهى ممن تحبل ، أو فى حيضٍ قبله ، و إن سألتهُ طَلَاقاً بِلاَ عوض ، أو اختلعها أجنبى ، وذلك لمخالفتِه فيما إذا طلقهَا فى حيض لقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » وزمنُ الحيض لا يحسب من العدة ، ومثـله النفاس ، والمعنى فى ذلك تضررها بطول مدة التربُّص ، ولأدائه إلى الندم فيمن تحبل إذا ظهر حملها ، فان الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل ، وعند الندم قد لايمكنه التدارك فيتضرر هو والولد ، وخرج بقيد الإيقاع تعليق الطلاقُ ، فلايحرم فى الحيض ، لكن إن وجدت الصفة فى الطهر سمى سنياً ، و إن وجدت فى الحيض سمى بدعياً ، و يترتب عليه أحكام البدعى ، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب فى كل الطرق كما قاله فى الزوائد ، نعم إن أوقع الصفة فى الحيض باختياره ، فينبغى – كماقاله الرافعى – أنه يأثم بايقاعه فى الحيض كانشائه الطلاق فيه ، وخرج بقيد الطّلَاق فى السنى والبدعى الفسوخ فانها لا تنقسم إلى سنى ولا إلى بدعى ، قاله فى الروضة ، لأنها شرعت لدفع مضار زائدة فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات ، و بقيد قوله فى الحيض ما إذا وافق قوله أنت زمن الطهر وطالق زمن الحيض ، فهل يكون سنياً أو بدعياً ؟ وهى مسألة عزيزة النقل ذكرها ابن الرفعة فى غير مظنتها فى باب الكفارات ، ونقل فيها عن ابن سريج وأقره أنه قال : يحسب لها الزمن الذى وقع فيـه قوله أنت فقط قرأً و يكون الطلاق سنياً ، قال : وهو من باب ترتيب الحـكم على أول أجزائه ، لأن الطلاق لايقع بقوله أنت بمفرده اتفاقا ، و إنمايقع بمجموع قوله أنت طالقٌ ، انتهى

تنبيهات — أحدها : قضية تقييد المصنف بالجماع قَصْرُ الحـكم عليه ، وليس مراداً ، بل لو استدخلت ماءه المحترم كان الحـكم كذلك ، وكذا الوطء فى الدبر على

وَضَرْبٌ لَيْسَ فى طَلاَقِهِنَّ سُنَّةٌ وَلاَ بِدْعَةٌ وَهُنَّ أَرْبَعٌ ، الصَّغِيرَةُ ، وَالآيِسَةُ ، وَالْحَامِلُ ،

الأصح كما فى الروضة لثبوت النسب ووجوب العدة به

التنبيه الثانى — ظاهر كلامه حصر البدعى فيما ذكره ، وليس مراداً ، بل بقى منه قسم آخر مذكور فى الروضة ، وهو فى حقِّ مَنْ له زوجتان وقَسَم لإحداهما ، ثم طلق الأخرى قبل المبيت عندها ، ولو نكح حاملا من زناً ، ثم دخل بها ثم طلقها نظر : إن لم تحض فبدعى ، لأنها لا تشرع فى العدة إلا بعد الوضع والنفاس ، وإلا فان طلقها فى الطهر فسنى ، أو فى الحيض فبدعى ، كما يؤخذ من كلامهم ، وأما الموطوءة بشبهة إذا حبلت منه ثم طلقها طاهراً فانه بدعى

التنبيه الثالث — يستثنى من الطلاق فى الحيض صور : منها الحامل إذا حاضت فلا يحرم طلاقها لأن عدتها بالوضع ، ومنها مالو كانت الزوجة أمة وقال لها سيدها إن طلقك الزوج اليوم فأنت حرة فسألت الزوج الطلاق لأجل العتق فطلقها لم يحرم فان دوام الرِّقِّ أضر بها من تطويل العدة ، وقد لا يسمح به السيد بعد ذلك ، أو يموت فيدوم أسرها بالرق ، قاله الأذرعى بحثاً ، وهو حسن ، ومنها طلاقُ المتحيرة فليس بسنى ولا بدعى ، ومنْها طلاقُ الحكمين فى صورة الشقاق ، ومنْها طلاق المولى إذا طولب ، وإن توقف فيه الرافعى ، ومنْها مالو طلقَها فى الطُّهر طلقة ثم طلقها فى الحيض ثانية ، ومنْها مالو خالعها على عوض ، لإطلاق قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال ، وهذا ليس بسنى ولا بدعى ، وهو وارد على قول المصنف

(وضرب ليس فى طلاقهن سنة ولا بدعة) على المشهور من المذهب كما فى الروضة (وهن أربع) : الأولى : (الصغيرة) التى لم تحض (و) الثانية : (الآيسة) لأن عدتهما بالأشْهُر ، فلاضرر يلحقهما (و) الثالثة : (الحامل) التى ظهر حملها ؛ لأن عدَّتَها بوضعه

وَالْمُخْتَلِعَةُ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا .

(فَصْلٌ) وَيَمْلِكُ الْحُرُّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ

فلا تختلف المدة فى حقها ولا ندم بعد ظهور الحمل (و) الرابعة: (المختلعة التى لم يدخل بها) إذ لا عدة عليها

تتمة — من طلق بدعيا سن له الرجعة ، ثم بعدها إن شاء طلق بعد تمام طهر ، لخبر الصحيحين أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما طلق زوجته وهى حائض ، فذكر ذلك عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً » أى قبل أن يمسها إن أراد كما صرح به فى بعض روايتهما ، ولو قال لحائض ممسوسة أو نفساء : أنت طالق للبدعة ، وقع الطلاق فى الحال ، أو أنت طالق للسنة ، فيقع الطلاق حين تطهر ، وإن قال لمن فى طهر لم تمس فيه : أنت طالق للسنة ، وقع فى الحال ، وإن مست فيه فحين تطهر بعد الحيض ، أو للبدعة ، وقع فى الحال إن مست فيه أو فى حيض قبله ، ولو قال : أنت طالق طلقة حسنة ، أو أحسن الطلاق ، أوأفضله ، أو أعدله ، أو أجمله ، فكالسنة ، أو طلقة قبيحة ، أو أقبح الطلاق ، أوسمجه ، أو أفحشه ، فكالبدعة ، وقوله لها : طلقتك طلاقا كالثلج أو كالنار يقع فى الحال ، ويلغو التشبيه المذكور .

﴿ فصل ﴾ فيما يملكه الزوج من الطلقات

وفى الاستثناء والتعليق ، والمحل القابل للطلاق ، وشروط المطلق .

وقد شرع فى القسم الأول — وهو عدد الطلقات — بقوله (ويملك الحر) على زوجته ، سواء كانت حرة أو أمة (ثلاث تطليقات) لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله تعالى « الطلاق مرتان » فأين الثالثة؟ فقال « أو تسريح باحسان » وإنما لم يعتبروا رق الزوجة لأن الاعتبار فى الطلاق بالزوج ؛ لما روى البيهقى أن النبى صلى الله عليه وسلم

وَالعَبْدُ تَطْلِيقَتَيْنِ ، وَيَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ فى الطَّلاقِ ، إذَا وَصَلَهُ بِهِ

قال : « الطلاق بالرجال ، والعدة بالنساء » ولا يحرم جمع الطلقات ، لأن عميراً العجلانى لما لاعن امرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم طلقها ثلاثاً قبل أن يخبره النبى صلى الله عليه وسلم أنها تبين باللعان ، متفق عليه ، فلو كان إيقاع الثلاثة حراما لنهاه عن ذلك ليعلمه هو ومن حضره (و) يملك (العبد طلقتين) فقط ، وإن كانت زوجته حرة ، لما روى الدارقطنى مرفوعا « طلاق العبد طلقتان » والمكاتبُ والمبعض والمدبر كالقن ، وإنما لم يعتبروا حرية الزوجة لما مر .

تنبيه — قد يملك العبد ثلاثاً كذمى طلَّق زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب واسترق ثم أراد نكاحها فانها تحل له على الأصح ، ويملك عليها الثالثة ؛ لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين ، وطريان الرق لا يمنع الحل السابق ، بخلاف ما لو طلقها طلقة ثم استرق فانها تعود له بطلقة فقط ، لأنه رق قبل استيفاء عدد العبيد .

ثم شرع فى القسم الثانى — وهو الاستثناء — بقوله (ويصح الاستثناء فى الطلاق) لوقوعه فى القرآن والسنة وكلام العرب ، وهو : الإخراج بالا أو إحدى أخواتها ، ولصحته شروط خمسة ، وهى : (إذا وصله به) أى اليمين ، ونواه قبل فراغه ، وقصد به رفع حكم اليمين ، وتلفظ به مسمعاً به نفسه ، ولم يستغرق ، فلو انفصل زائداً على سكتة التنفس ضر ، أما لو سكت لتنفس أو انقطاع صوت فانه لا يضر ، لأن ذلك لا يعد فاصلا ، بخلاف الكلام الأجنبى ولو يسيراً ، أو نواه بعد فراغ اليمين ضر ، بخلاف ما إذا نواه قبلها ؛ لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها ، وذلك صادق بأن ينويه أولها أو آخرها أو ما بينهما ، أو لم يقصد به رفع حكم اليمين ، أو قصد به رفع اليمين ولم يتلفظ به ، أو تلفظ به ولم يسمع به نفسه عند اعتدال سمعه ، أو استغرق المستثنى منه — ضر ، والمستغرق باطل بالإجماع كما قاله الإمام والآمدى ، فلو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، لم يصح الاستثناء ، وطلقت ثلاثاً ويصح تقديم المستثنى على المستثنى منه ، كأنت إلا واحدة طالق ثلاثاً ، والاستثناء يعتبر من الملفوظ ، لا من المملوك ، فلو قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ، وقع طلقتان ،

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالصِّفَةِ

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طَلْقة ، وقع ثلاثاً ، لأنه إذا استثنى من طَلْقة بعض طَلْقة بقى بعضها ، ومتى بقى كَمِلت .

تنبيه — يُطْلق الاستثناء شرعا على التعْليق بمشيئة الله تعالى ، كقوله : أنت طالق إن شاء الله تعالى ، أو إن لم يشأ الله تعالى طَلَاقك ، وقَصَدَ التعْلِيق بالمشيئـة فى الأولى و بعدمها فى الثانية قبل فراغ الطلاَق ، لم يحنث ، لأن المعلق عليه من مشيئة الله تعالى وعدمها غير معلوم ، فان لم يقصد بالمشيئة التعليق - بأن سبق إلى لسـانه ، لتعوده بها كما هو الأدب ، أو قصدها بعد الفراغ من الطلاق ، أو قصد بها التبرك ، أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى ، أو لم يعلم هل قصد التعليق أم لا - حنث ، وكذا إن أطلق كما هو قضية كلامهم ، وكذا يمنع التعليق بالمشيئة انعقاد نية وضوء وصلاة وصوم وغيرها عند قصد التعليق ، وانعقاد عتق وانعقاد يمين وانعقاد نذر وانعقاد كل تصرف غير ما ذكر مما حقه الجزم كبيع و إقرار و إجارة ، ولو قال : يا طالق إن شاء الله ، وقع طلقة فى الأصح ، نظراً لصورة النداء المشعر بحصول الطلاق حالته ، والحاصل لا يعلق ، بخلاف أنت طالق ، فانه كما قال الرافعى قد يستعمل عند القرب منه وتوقُّع الحصول ، كما يقال للقريب من الوصول : أنت واصل ، وللمريض المتوقع شفاؤه : أنت صحيح ، فينتظم الاستثناء فى مثله .

ثم شرع فى القسم الثالث - وهو التعلِيق - بقوله (و يصح تعلِيقـه) أى الطلاَق قياساً على العتق (بالصفة) فتطلُق عند وجودها ، فاذا قال لها : أنت طالق فى شهر كذا ، أو فى غرته ، أو فى رأسه ، أو فى أوله ، وقعَ الطلاق معَ أول جزء من الليلة الأولى منه ، أو أنت طالق فى نهار شهر كذا ، أو أول يوم منه ، فتطلق بأول فجر يوم منه ، أو أنت طالق فى آخر شهر كذا ، أو سَلخه ، فتطلق بآخر جزء من الشهر ، و إن علق بأول

وَالشَّرْطِ

آخره طلقت بأول اليوم الأخير منه ، لأنه أول آخره ، ولو علق بآخر أوله طلقت بآخر اليوم الأول منه ، لأنه آخر أوله ، ولو علق بانتصاف الشهر طلقت بغروب شمس يوم الخامس عشر ، و إن نقص الشهر ، لأنه المفهوم من ذلك ، ولو علق بنصف نصفه الأول طلقت بطلوع فجر الثامن ، لأن نصف نصفه سبع ليال ونصف وسبعة أيام ونصف ، والليل سابق النهار ، فيقابل نصف ليلة بنصف يوم ، ويجعل ثمان ليال وسبعة أيام نصفاً أو سبع ليال وثمانية أيام نصفاً ، ولوعلق بمابين الليل والنهار طلقت بالغروب إن علق نهاراً أو بالفجر إن علق ليلا ، إذ كل منهما عبارة عن مجموع جزء من الليل وجزء من النهار إذ لا فاصل بين الزمانين ، وقوله (والشرطِ) مجرور عطفاً على الصفة ، قال فى المطلب : وقد استؤنس لجواز تعليق الطلاق بالشرط بقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » انتهى .

وأدوات التعليق بالشروط والصفات « إنْ » وهى أم الباب ، نحو : إن دخلْتِ الدار فأنت طالق ، و « مَنْ » بفتح الميم - كمن دخَلَتْ من نسائى الدار فهى طالق « و إذا » و « متى » و « متى ما » بزيادة ما ، و « كلما » نحو : كلما دخَلْتِ الدارَ واحدة من نسائى فهى طالق ، و « أى » كأى وقت دخَلْتِ الدار فأنت طالق ، ومن الأدوات « إذ ما » على رأى سيبويه ، و « مهما » وهى بمعنى ما ، و « ما » الشرطية و « إذ ما » و « أيا ما » كلمةٌ ، و « أيان » وهى كمتى فى تعميم الأزمان ، و « أين » و « حيثما » لتعميم الأمكنة ، و « كيف » و « كيفما » للتعليق على الأحوال ، وفى فتاوى الغزالى أن التعليق يكون بلا فى بلد عم العرف فيها ، كقول أهل بغداد : أنت طالق لا دخلْتِ الدار ، و يكون التعليق أيضاً بلو : كأنت طالق لو دخلْتِ الدار ، كما قاله الماوردى .

وهذه الأدوات لا تقتضى بالوضع فوراً فى المعلق عليه ، ولا تراخيا إن علق بمثبت

وَلاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، وَأَرْبَعٌ لاَ يَقَعُ طَلاَقُهُمْ : الصَّبِيُّ ، وَالمَجْنُونُ ، وَالنَّائِمُ ،

كالدخول ، فى غير خلع ، أما فيه فإنها تفيد الفورية فى بعض صيغه كان و إذا : كإن ضمنت - أو إذا ضمنت - لى ألفا فأنت طالق ، وكذا تفيد الفورية فى التعليق بالمشيئة ، نحو أنت طالق إن أو إذا شئت ، لأنه تمليك على الصحيح ، بخلاف متى شئت ، ولا تقتضى هذه الأدوات تكرارا فى المعلق عليه ، بل إذا وجد مرة واحدة من غير نسيان ولا إكراه انحلت اليمين ولم يؤثر وجودها ثانيا ، إلا فى « كلما » فان التعليق بها يفيد التكرار ، فلو قال من له عبيد وتحته أربع نسوة : إن طلقت واحدة فعبد من عبيدى حر ، أو ثنتين فعبدان ، أو ثلاثا فثلاثة ، أو أربعا فأربعة ، وطلق أربعا معا أو مرتبا عتق عشرة : واحد بطلاق الأولى ، واثنان بطلاق الثانية ، وثلاثة بطلاق الثالثة ، وأربع بطلاق الرابعة ومجموع ذلك عشرة ، ولو علق بكلما فخمسة عشر ، لأنها تقتضى التكرار كما مر ، لأن فيها أربعة آحاد ، واثنين مرتين ، وثلاثة ، وأربعة ، فيعتق واحد بطلاق الأولى ، وثلاثة بطلاق الثانية ، لأنه صدق عليه طلاق واحدة وطلاق ثنتين ، وأربعة بطلاق الثالثة ، لأنه صدق عليه طلاق واحدة وطلاق ثلاث ، وسبعة بطلاق الرابعة ، لأنه صدق عليه طلاق واحدة وطلاق ثنتين غير الأولين وطلاق أربع ، ومجموع ذلك خمسة عشر .

ثم شرع فى القسم الرابع - وهو المحل - بقوله : (ولا يقع الطلاق) المعلق (قبل النكاح) بعد وجوده ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق إلا بعد نكاح » صححه الترمذى .

ثم شرع فى القسم الخامس - وهو شروط المطلق - بقوله : (وأربع لا يقع طلاقهم) بتنجيز ولا تعليق : الأول : (الصبى ، و) الثانى (المجنون ، و) الثالث (النائم) لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى

يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » صححه أبو داود وغيره ، وحيث ارتفع عنهم القلم بطل تصرفهم ، نعم لو طرأ الجنون من سكر تعدى به صح تصرفه لأنه لو طلق فى هذا الجنون وقع طلاقه على المذهب المنصوص فى كتب الشافعى رضى الله عنه كما قاله فى الروضة ، والمبرسم والمعتوه ـ وهو الناقص العقل كما فى الصحاح ـ كالمجنون (و) الرابع (المكره) بفتح الراء ـ على طلاق زوجته لا يقع طلاقه ، خلافا لأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولخبر « لا طلاق فى إغلاق » أى إكراه ، رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده على شرط مسلم ، فإن ظهر من المكره قرينة اختيار منه للطلاق كأن أكره على ثلاث طلقات فطلق واحدة أو على طلاق صريح فكنى ونوى أو على تعليق فنجز أو بالعكس لهذه الصور وقع الطلاق فى الجميع ، لأن مخالفته تشعر باختياره فيما أتى به .

وشرط حصول الإكراه : قدرة المكره بكسر الراء على تحقيق ما هدد به المكره بفتحها تهديدا عاجلا ظلما بولاية أو تغليب ، وعجز المكره بفتح الراء عن دفع المكره بكسرها بهرب وغيره كاستغاثة بغيره ، وظنه أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق فعل ما خوفه به ، لأنه لا يتحقق العجز إلا بهذه الأمور الثلاثة ، فخرج بعاجلا ما لو قال : لأقتلنك غدا ، فليس بإكراه ، و بظلما ما لو قال ولى القصاص للجانى : طلق زوجتك و إلا اقتصصت منك ، لم يكن إكراها .

و يحصل الإكراه بتخويف بضرب شديد أو حبس طويل أو إتلاف مال ، أو نحو ذلك مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه .

و يختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها ، فقد يكون الشيء كراها فى شخص دون آخر ، وفى سبب دون آخر ، فالإكراه بإتلاف مال لا يضيق

. . . .

على المكره بفتح الراء كخمسة دراهم فى حق الموسر ليس باكراه على الطلاق لأن الإنسان يتحمله ولا يطلق ، بخلاف المال الذى يضيق عليه ، والحبس فى الوجيه إكراه وإن قل كما قاله الأذرعى ، والضرب اليسير فى أهل المروآت إكراه .

وخرج بقيد طلاَق زوجته فيما تقدم ما إذا أكرهه على طلاق زوجة نفسه بأن قال له: طلق زوجتى وإلا قتلتك فطلقها وقع على الصحيح لأنه أبلغ فى الإذن كما قاله فى الروضة

تتمة – لو قال لزوجته : إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ، فطلقها طلقة أو أكثر وقع المنجز فقط ، ولا يقع معه المعلق ، لزيادته على المملوك ، وقيل : لايقع شىء ، لأنه لو وقع المنجز لوقع المعلق قبله بحكم التعليق ، ولو وقع المعلق لم يقع المنجز ، وإذا لم يقع المنجز لم يقع المعلق ، وهذه المسألة تسمى السُّرجية ، منسوبة لابن سُرَيْج ، وجرى عليها كثير من الأصحاب ، والأول هو ما صححه الشيخان ، وهو المعتمد ، وقال الشيخ عز الدين : لا يجوز التقليد فى عدم الوقوع ، وقال ابن الصباغ : وددت لو محيت هذه المسألة ، وابن سريج برىء مما نسب إليه فيها ، ولو علق الطلاق بمستحيل عرفا كصعود السماء والطيران ، أو عقلا كالجمع بين الضدين ، أو شرعا كنسخ صوم رمضان ، لم تطلق لأنه لم ينجز الطلاق ، وإنما علقه على صفة لم توجد ، واليمين فيما ذكر منعقدة حتى يحنث بها المعلق على الحلف ، ولو قال لزوجته : إن كلمت زيداً فأنت طالق ، فكلمت حائطاً مثلا وهو يسمع ، لم يحنث فى أصح الوجهين ، لأنها لم تكلمه ، ولو قال لها : إن كلمت رجلا فأنت طالق ، فكلمت أباها أو واحداً من محارمها طلقت لوجود الصفة ، فإن قال: قصدت منعها من مكالمة الأجانب ، قُبِلَ منه ، لأنه الظاهر ، وفروع الطلاق لا تنحصر وفى هذا القدر كفاية لمن وفقه الله لهذا المختصر الذى عم نفعه فى الوجود نفع الله تعالى به ورحم مؤلفه وشارحيه ! آمين.

[(فصل) وَشُرُوطُ الرَّجْعَةِ أَرْبَعَةٌ : أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ دُونَ الثَّلَاثِ ، وَأَن يَكُونَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا ، وَأَلَّا يَكُونَ الطَّلَاقُ بِعِوَضٍ ، وَأَنْ تَكُونَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ] .

﴿ فصل ﴾ فى الرجعة

بفتح الراء أفصح من كسرها عند الجوهرى ، والكسر أكثر عند الأزهرى

وهى لغة : المرة من الرجوع ، وشرعا : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجه مخصوص ، كما يؤخذ مما سيأتى

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » أى : فى العدة « إن أرادوا إصلاحا » أى : رجعة ، كما قاله الإمام الشافعى رضى الله عنه ! وقوله صلى الله عليه وسلم « أتانى جبريل فقال : راجع حفصة ، فانها صوامة قوامة ، و إنها زوجتك فى الجنة » .

وأركانها ثلاثة : محل ، وصيغة ، ومرتجع ، وأما الطلاق فهو سبب لاركن

و بدأ المصنف بشروط الركن الأول - وهو المحل - بقوله (وشروط) صحة (الرجعة أربعة) وترك خامساً وسادساً كما ستعرفه : الأول : (أن يكون الطلاق دون الثلاث) فى الحر ودون اثنين فى الرقيق ، ولو قال كما فى المنهاج « لم يستوف عدد الطلاق » لشمل ذلك ، أما إذا استوفى ذلك فانه لاسلطنة له عليها (و) الثانى : (أن يكون) الطلاق (بعد الدخول بها) فان كان قبله فلا رجعة له لبينونتها ، وكالوطء استدخال المنى المحترم (و) الثالث : (أن لا يكون الطلاق بعوض) منها أو من غيرها ، فان كان على عوض فلا رجعة كما تقدم توجيهه فى الخلع (و) الرابع : (أن تكون) الرجعة (قبل انقضاء العدة) فاذا انقضت فسيأتى فى كلام المصنف فى الفصل بعده مع أن هذا الفصل ساقط فى بعض النسخ ، والخامس : كون المطلقة قابلة للحل للمراجع ، فلو أسلمت الكافرة واستمر زوجها وراجعها فى كفره لم يصح ، أو ارتدت المسلمة لم تصح مراجعتها فى حال ردتها لأن مقصود الرجعة الحل ، والردة تنافيه ، وكذا لو ارتد الزوج أو ارتدا معاً ، وضابط

(فَصْلٌ) وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَاحِدَةً أَوِ اثْنَتَيْنِ فَلَهُ مُرَاجَعَتُهَا، مَالَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا،

ذلك انتقال أحد الزوجين إلى دين يمنع دوام النكاح ، والسادس : كونها معينة ، فلو طلق إحدى زوجتيه وأبهم ثم راجع أو طلقهما جميعاً ثم راجع إحداهما لم تصح الرجعة ، إذ ليست الرجعة فى احتمال الإبهام كالطلاق ، لشبهها بالنكاح ، وهو لا يصح مع الإبهام ، ولو تعينت ونسيت لم تصح رجعتها أيضاً فى الأصح

تتمة — لو علق طلاقها على شيء وشك فى حصوله فراجع ثم علم أنه كان حاصلا ففى صحة الرجعة وجهان : أصحهما كما قاله شيخُ النوويِّ الكمالُ سلار فى مختصر البحر أنها تصح .

﴿ فصل ﴾ فى بيان ما يتوقف عليه حِلُّ المطلقة

(وإذا طلق) الحر (امرأته) بغير عوض منها ، حرة كانت أو أمة ، طلقة (واحدة أو اثنتين) بعد وطئها ولو فى الدبر ، بناء على أنه يوجب العدة وهو الأصح ، وكذا لو استدخلت ماءه المحترم ، فان الرجعة تثبت به على المعتمد (فله مراجعتها) بغير إذنها وإذن سيدها (ما لم تنقض عدتها) لقوله تعالى « فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ولو كان حق الرجعة باقيا لما كان يباح لهن النكاح .

تنبيه — يَرِدُ عليه ما إذا خالط الرجعية مخالطة الأزواج بلا وطء ، فان العدة لا تنقضى ، ولا رجعة له بعد الأقراء أو الأشهر كما فى الروضة والمنهاج وأصليهما ، وإن خالف فى ذلك بعضُ المتأخرين ، ودخل فى كلامه ما إذا وطئت بشبهة فحملت ثم طلقها ، فان له الرجعة فى عدة الحمل على الأصح ، مع أنها ليست فى عدته ، ولكن لم تنقض عدتها .

وشرط فى المرتجع ـ وهو الركن الثانى ـ الاختيار ، وأهلية النكاح بنفسه ، وإن توقف على إذن ، فتصح رجعة سكران وسفيه ومحرم ، لا مجنون ومكره ، ولولى من جن

فَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا حَلَّ لَهُ نِكَاحُهَا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ

وقد وقعَ عليه طلاق رجعة حيث يزوجه بأن يحتاج إليه .

وشُرِط فى الصيغة — وهو الركن الثالث — لفظ يشعر بالمراد ، وفى معناه ما مر فى الضمان ، وذلك إما صريح ، وهو : كرددتك إلى ، وراجعتك ، وارتجعتك ، وأرجعتك ، وأمسكتك ، لشهرتها فى ذلك ، وورودها فى الكتاب والسنة ، وفى معناها سائر ما اشتق من مصادرها : كأنت مراجعة ، وما كان بالعجمية و إن أحسن العربية ، و إما كناية كتزوجتك ، ونكحتك ، و يشترط فيها تنجيز ، وعدم تأقيت ، فلو قال : راجعتك إن شئت ، فقالت : شئت ، أو راجعتك شهراً ، لم تحصل الرجعة ، وسن إشهاد عليها خروجا من خلاف من أوجبه ، و إنما لم يجب لأنها فى حكم استدامة النكاح السابق ، و إنما وجب الإشهاد على النكاح لإثبات الفراش ، وهو ثابت هنا .

تنبيه — قد علم مما تقرر أن الرجعة لا تحصل بفعل غير الكتابة و إشارة الأخرس المفهمة كوطء ومقدماته و إن نوى به الرجعة ، لعدم دلالته عليها .

(فاذا انقضت عدتها) بوضع حمل أو أقراء أو أشهر (كان له) إعادة (نكاحها بعقد جديد) بشروطه المتقدمة فى بابه ، لبينونتها حينئذ ، وحُلِّفت فى انقضاء العدة لغير أشهر من أقراء أو وضع ، إذا أنكره الزوج ، فتصدق فى ذلك إن أمكن ، و إن خالفت عادتها ، لأن النساء مؤتمنات على أرحامهن ، وخرج بانقضاء العدة غيره كنسب واستيلاد فلا يقبل قولها إلا ببينة ، و بغير الأشهر انقضاؤها بالأشهر ، و بالإمكان ما إذا لم يمكن لصغر أو إياس أو غيره ، فيصدق بيمينه ، و يمكن انقضاؤها بوضع لتامّ بستة أشهر ولحظتين من حين إمكان اجتماعهما بعد النكاح ، ولمصوَّر بمائة وعشرين يوما ولحظتين ، ولمضغة بثمانين يوما ولحظتين ، و بأقراء لحرة طلقت فى طهر سُبق بحيض باثنين وثلاثين يوما ولحظتين ، وفى حيض بسبعة وأربعين يوما ولحظة ، ولغير حرة طُلِّقت فى طهر سبق

وَتَكُونُ مَعَهُ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا لَمْ تَحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ خَمْسِ شَرَائِطَ : انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنْهُ ، وَتَزْوِيجِهَا بِغَيْرِهِ ، وَدُخُولِهِ بِهَا وَإِصَابَتِهَا ، وَبَيْنُونَتِهَا مِنْهُ ، وَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنْهُ

بحيض بستة عشر يوما ولحظتين ، وفى حيض بأحد وثلاثين يوما ولحظة

(و) إذا انقضت عدتها ثم جدد نكاحها (تكون معه على ما بقى) له (من) عدد (الطلاق) لما روى البيهقى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أفتى بذلك ، و وافقه عليه جماعة من الصحابة ، ولم يظهر لهم مخالف

(فإن طَلَّقها) أى الحر (ثلاثا) أو العبد ولو مبعضا طلقتين معا أو مرتبا قبل الدخول أو بعده فى نكاح أو أنكحة (لم تحل) أى المطلّقة (له إلا بعد وجود خمسة أشياء) فى المدخول بها، وعلى وجود ماعدا الأول منها فى غيرها: الأول : (انقضاء عدتها منه) أى المطلّق (و) الثانى (تزويجها بغيره) ولو عبداً أو مجنونا (و) الثالث ، (دخوله بها ، و إصابتها) بدخول حشفته أو قدرها من مقطوعها ، ولو كان عليها حائل كأن لف عليها خرقة فانه يكفى تغييبها فى قبلها خاصة ، لافى غيره كدبرها كما لايحصل به التحصين ، وسواء أولج هو أم نزلت هى عليه فى يقظة أو نوم أو أولج فيها وهى نائمة (و) الرابع : (بينونتها منه) أى الزوج الثانى ، بطلاق أو فسخ أو موت (و) الخامس : (انقضاء عدتها منه) لاستبراء رحمها ، لاحتمال علوقها من إنزال حصل منه

تنبيه — يشترط انتشار الآلة ، و إن ضعف الانتشار واستعان بأصبعه أو أصبعها ، بخلاف ما لو لم ينتشر لشلل أو عنة أو غيره ، فالمعتبر الانتشار بالفعل لا بالقوة على الأصح كما أفهمه كلام الأكثرين وصرح به الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم ، حتى لو أدخل السليم ذكره بأصبعه بلا انتشار لم يحلل كالطفل ، فما قيل إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع ، ولا بد أيضاً من صحة النكاح ، فلا يحلل الوطء فى النكاح

. . . .

الفاسد ولا ملك اليمين ولا وطء الشبهة ، لأنه تعالى علق الحل بالنكاح وهو إنما يتناول النكاح الصحيح ، بدليل مالو حلف لاينكح لا يحنث بما ذكر ، وكونُ الزوج ممن يمكن جماعه ، لا طفلا لا يتأتى منه ذلك أو يتأتى منه وهو رقيق ، لأن نكاحه إنما يتأتى بالإجبار ، وقدمر أنه ممتنع ، فليحذر مما وقع لبعض الرؤساء الجهال من الحيلة لدفع العار من إنكاحها مملوكه الصغير ، ثم بعد وطئه يملكه لها ، لينفسخ النكاح ، وقد قيل : إن بعض الرؤساء فعل ذلك وأعادها فلم يوفق الله بينهما وتفرقا ، وإنما حرمت عليه إلى أن تتحلل تنفيراً من الطلاق الثلاث ، ولقوله تعالى « فان طلَّقها » أى الثالثة « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »

تتمة — يكفى وطء محرم بنسك ، وخصى ، ولوكان صائما ، أوكانت حائضة ، أو صائمة ، أو مظاهراً منها ، أو معتدة من شبهة وقعت فى نكاح المحلل ، أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج فى نكاح صحيح ، و يشترط فى تحليل البكر الافتضاض ، كما قاله الشيخان ، وتحل كتابية لمسلم بوطء مجوسى أو وثنى فى نكاح نقرهم عليه ، ولو نكح الزوجُ الثانى بشرط أنه إذا وطئها طلقها أو فلا نكاح بينهما وشرط ذلك فى صلب العقد لم يصح النكاح ، لأنه شرط يمنع دوام النكاح ، فأشبه التأقيت ، ولو تواطأ العاقدان على شىء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلاَ شرط كره ، ولو نكحها بشرط أن لا يطأها أو أن لا يطأها إلا نهاراً أو إلا مرة مثلاً لم يصح النكاح إن كان الشرط من جهتها ، لمنافاته مقصود العقد ، فان وقع الشرط منه لم يضر لأن الوطء حق له فله تركه ، والتمكين حق عليها فليس لها تركه ، ويقبل قول المطلقة ثلاثاً فى التحليل بيمينها عند الإمكان ، وللأول تزويجها ، وإن ظن كذبها ، لكن يكره ، فان قال : هى كاذبة منع من تزويجها إلا إن قال بعده : تبين لى صدقها ، ولو حرمت عليه زوجته

(فَصْلٌ) وَإِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَطَأَ زَوْجَتَهُ مُطْلَقًا أَوْ مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ

الأمة بازلة ما يملكه عليها من الطّلاق ثم اشتراها قبل التحلل لم يحل له وطؤها لظاهر القرآن .

﴿ فصل ﴾ فى الإيلاء

وهو لغةً : الحلف ، قال الشاعر :

وأَكْذَبُ ما يكون أبو المثنّى إذا آلَى يميناً بالطّلاقِ

وشرعا : حلف زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا ، أو فوق أربعة أشهر ، كما سيأتى

والأصل فى ذلك قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » الآية وإنما عدى فيها بمن وإنما هو يعدى بعلى لأنه ضمن معنى البعد ، كأنه قال : للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم

وهو حرام للايذاء

وأركانه ستة : حالف ، ومحلوف به ، ومحلوف عليه ، ومدة ، وصيغة ، وزوجان

والمصنف ذكر بعضها بقوله : (وإذا حلف) أى الزوج باسم من أسمائه تعالى ، أو صفة من صفاته أو بالتزام ما يلزم بنذر أو تعليق طلاق أو عتق (أن لا يطأ زوجته) الحرة أو الأمة وطأ شرعيا - فهو مولٍ ، فلا إيلاء بحلفه على امتناعه من تمتعه بها بغير وطء ولا من وطئها فى دبرها ، أو فى قبلها فى نحو حيض أو إحرام

ثم أشار إلى المدة بقوله (مطلقا) بأن يُطْلِقَ كقوله : والله لا أطؤك (أو مدة تزيد على أربعة أشهر) كقوله : والله لا أطؤك خمسة أشهر ، أو قيد بمستبعد الحصول فيها

فَهُوَ مُولٍ

كقوله : والله لا أطؤك حتى ينزل السيد عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام ، أو حتى أموت ، أو حتى تموتى ، أو حتى يموت فلان (فهو مُولٍ) لضررها بمَنع نفسه مما لها فيه حق العفاف ، وخرج بقيد الزوجة أمته فلا يصح الإيلاء منها ، و بقيد الزيادة على أربعة أشهر ما إذا حلف لا يطؤها مدة وسكت ، أو لا يطؤها أربعة أشهر ، فانه لا يكون موليا فيهمَا ، أما الأول فلتردد اللفظ بين القليل والكثير ، وأما الثَّانى فلصَبرها على الزوج هذه المدة ، فاذا قال : والله لا أطؤك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا أطؤك أربعة أشهر ، فليس بمول ، لانتفاء فائدة الإيلاء ، ولكنه يأثم لكن إثم الإيذاء لا إثم الإيلاء ، قال فى المطلب : وكأنه دون إثم المولى ، و يجوز أن يكون فوقه ، لأن ذاك يقدر فيه على رفع الضرر ، بخلاف هذا فانه لا رفع له إلا من جهة الزوج بالوطء ، هذا إذا أعاد حرف القسم ، فلو قال : والله لا أطؤك أربعة أشهر فاذا مضت فلا أطؤك أربعة أشهر كان مولياً لأنها يمين واحدة اشتملت عَلى أكثر من أربعة أشهر ، ولو قال : والله لا أطؤك خمسة أشهرَ فاذا مضت فوالله لاأطؤك ستة أشهر فإيلا آن لكلٍّ منهما حكمه .

وشُرِط فى الصيغة : لفظ يشعر بالإيلاَء ، وفى معناه ما مر فى الضمان ، وذلك إما صريح كتغييب حشفة بفرج ووطء وجماع كقوله : والله لا أغيب حشفتى بفرجك ، أو لا أطؤك ، أو لا أجامعك ، فان قال : أردت بالوطء الوطء بالقدم ، و بالجماع الاجتماع ، لم يقبل فى الظاهر ، و يُدَيَّن ، و إما كناية كَلَا مسة ومباضعة ومباشرة ، كقوله : والله لا أمسك ، أولا أضاجعك ، أو لا أباشرك ، فيفتقر إلى نية الوطء ، لعدم اشتهارها فيه ، ولو قال : إن وطئتك فعبدى حر ، فزال ملكه عنه بموت أو بغيره زال الإيلاء ، لأنه لا يلزمه بالوطء بعد ذلك شىء ، ولو قال : إن وطئتك فضرتك طالق فمول من المخاطبة ، فان وطىء فى مدة الإيلاَء أو بعدها طلقت الضرة لوجود المعلق عليه ، وزال الإيلاء ، إذ لا

وَيُؤَجَّلُ لَهُ إنْ سَأَلَتْ ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ يُخَيَّرُ بَيْنَ الْفَيْئَةِ

لا يلزمه شيء بوطئها بعد، ولو قال: والله لا أطؤك سنة إلا مرة مثلاً فمول إن وطئ وبقى من السنة أكثر من الأشهر الأربعة لحصول الحنث بالوطء بعد ذلك، بخلاف ما لو بقى أربعة أشهر فأقل، فليس بمول بل حالف.

(ويؤجل له) يعنى يمهل المولى وجوباً (إن سألت) زوجته (ذلك أربعة أشهر) سواء الحر والرقيق فى الزوج والزوجة، من حين الإيلاء فى غير رجعية، وابتداؤه فى رجعية آلى منها من حين الرجعة، ويقطع المدة ردة بعد دخول ولو من أحدهما وبعد المدة، لارتفاع النكاح أو اختلاله بها، فلا يحسب زمنها من المدة، ومانع وطء بها حسى أو شرعى غير نحو حيض كنفاس، وذلك كمرض وجنون ونشوز وتلبس بفرض نحو صوم كاعتكاف وإحرام فرضين، لامتناع لوطء معه بمانع من قبلها، وتستأنف المدة بزوال القاطع، ولا تبنى على ما مضى.

تنبيه — ما ذكره المصنف من توقف التأجيل على سؤالها ممنوع، فهو مخالف لقول الإمام الشافعى والأصحاب، فقد قال الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه فى الأم كما فى المطلب ما نصه: ومن حلف لا يقرب امرأته أكثر من أربعة أشهر فتركته امرأته ولم تطالبه حتى مضى الوقت الذى حلف عليه فقد خرج من حكم الإيلاء، لأن اليمين ساقطة عنه، اه. فلو كان التأجيل متوقفاً على طلبها لما حسبت المدة، وصرح الأصحاب بضرب المدة بنفسها، سواء علمت ثبوت حقها فى الطلب وتركته قصداً أم لم تعلم حتى انقضت المدة، ولا تحتاج إلى ضرب القاضى لثبوتها بنص القرآن العظيم، حتى قال فى الروضة: لو آلى ثم غاب أو آلى وهو غائب حسبت المدة.

(ثم) إذا مضت المدة ولم يطأ من غير مانع بالزوجة (يخير) المولى بطلبها (بين الفيئة) بأن يولج المولى حشفته أو قدرها من مقطوعها بقبل المرأة، وسمى الوطء فيئة

وَالتَّكْفِيرِ أوِ الطَّلاَقِ ، فَإِنْ أمْتَنَعَ طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ .

لأنه من فاء إذارجع (والتكفير) لليمين ، إن كان حلفه بالله تعالى على ترك وطئها (أو الطلاق) للمحلوف عليها .

تنبيه — كيفية المطالبة أنها تطالبه أولا بالفيئة التى امتنع منها ، فان لم يفيء طالبته بالطلاق ، لقوله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » ولو تركت حقها كان لها المطالبة بعد ذلك لتجدد الضرر ، وليس لسيد الأمة مطالبته لأن التمتع حقها ، وينتظر بلوغ المراهقة ولا يطالب وليها بذلك ، وما ذكرته من الترتيب بين مطالبتها بالفيئة والطلاق هو ما ذكره الرافعى رحمه الله تعالى تبعاً لظاهر النص ، وإن كان قضية كلام المنهاج أنها تردد الطلب بينهما ، فان كان المانع بالزوج وهو طبيعى كمرض فتطالبه بالفيئة باللسان بأن يقول : إن قدرت فئت ، ثم إن لم يفيء طالبته بطلاق ، أو شرعى كاحرام أو صوم واجب فتطالبه بالطلاق لأنه الذى يمكنه لحرمة الوطء ، فان عصى بوطء لم يطالب لانحلال اليمين .

(فان امتنع) منهما أى الفيئة والطلاق (طلق عليه الحاكم) طلقة نيابة عنه ،لأنه لاسبيل إلى دوام إضرارها ، ولا إجبار على الفيئة ، لأنها لا تدخل تحت الإجبار ، والطلاق يقبل النيابة ، فناب الحاكم عنه عند الامتناع ، فيقول : أوقعت على فلانة عن فلان طلقة ، كما حكى عن الإملاء ، أو حكمت عليه فى زوجته بطلقة .

تنبيه ـ يشترط حضوره ليثبت امتناعه كالعضل ، إلا إن تعذر ، ولا يشترط للطلاق حضوره عنده ، ولا ينفذ طلاق القاضى فى مدة إمهاله ولا بعد وطئه أو طلاقه ، وإن طلقا معا وقع الطلاقان ، وإن طلق القاضى مع الفيئة لم يقع الطلاق ، لأنها المقصود ، وإن طلّق الزوج بعد طلاق القاضى ، وقع الطلاق إن كان طلاق القاضى رجعياً

(فَصْلٌ)

تتمة - لو اختلف الزوجان فى الإيلاء أو فى انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق بيمينه ، لأن الأصل عدمه ، ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكره سقط حقها من الطلب عملا باعترافها ولم يقبل رجوعها عنه لاعترافها بوصول حقها إليها ، ولو كرر يمين الإيلاء مرتين فأكثر وأراد بغير الأولى التأكيد لها ولو تعدد المجلس وطال الفصل صدق بيمينه كنظيره فى تعليق الطلاق ، وفرق بينهما وبين تنجيز الطلاق بأن التنجيز إنشاء وإيقاع ، والايلاء والتعليق متعلقان بأمر مستقبل فالتأكيد بهما أليق ، أو أراد الاستئناف تعددت الأيمان ، وإن أطلق ولم يرد تأكيداً ولا استئنافا فواحدة إن اتحد المجلس حملا على التأكيد ، وإلا تعددت لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس

﴿ فصل ﴾ فى الظِّهار

وهو لغةً : مأخوذ من الظَّهر ، لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته : أنت علىّ كظَهْر أمى ، وخصوا الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب ، والمرأة مركوب الزوج ، وكان طلاقا فى الجاهلية كالإيلاء ، فغير الشرع حكمه إلى تحريمها بعد العَوْد ولزوم الكفارة كما سيأتى ، وحقيقته الشرعية : تَشْبِيهُ الزوج زوجتَهُ فى الحرمة بمَحْرَمه كما يؤخذ مما سيأتى .

والأصل فيه قبل الإجماع آية « والذين يظاهرون من نسائهم » وَهو من الكبائر ، قال الله تعالى « وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً »

فائدة - سورة المجادلة فى كل آية منها اسم الله تعالى مرة أو مرتين أو ثلاثاً ، فليس فى القرآن سورة تشابهها ، وهى نصف القرآن عدداً ، وعُشْره باعتبار الأجزاء

وأركان الظهار أربعة : صيغة ، ومظاهر ، ومظاهر منها ، ومشبه به

وَالظِّهَارُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي

وكلها تؤخذ من قوله : (والظهار أن يقول) أى وصيغته ـ وهو الركن الأول ـ أن يقول : (الرجل) أى الزوج ـ وهو الركن الثـانى ـ (لزوجته) أى المظاهر منها ـ وهو الركن الثالث ـ (أنت عليَّ) أو منى ، أو معى ، أو عندى (كظهر أمى) أى مركبى منك حرام كمركبى من أمى ، وهذا هو المشبه به ، وهو الركن الرابع ، فقد حصل من كلام المصنف جميع الأركان ، لـكن لها شروط

فيشترط فى الصيغة لفظ يشعر بالظهار ، وفى معناه مامر فى الضمان ، وذلك إما صريح كأنت أو رأسك أو يدك ـ ولو بدون على ـ كظهر أمى أو كيدها ، أو كناية كأنت كأمى ، أو كعينها ، أو غيرها مما يذكر للكرامة ، كرأسها .

وشرط فى المظاهر كونه زوجا يصح طلاقه ، ولو عبداً أو كافراً أو خصياً أو مجبوبا أو سكراناً ، فلا يصح من غـير زوج وإن نكح مَنْ ظاهر منها ، ولا من صبى ومجنون ومكره .

وشرط فى المظاهر منها كونها زوجة ، ولو أمة أو صغيرة أو مجنونة أو رَتْقاء أو قَرْناء أو رجعية ، لا أجنبية ، ولو مختلعة أو أمة كالطلاق ، فلو قال لأجنبية : إن نكحتك فأنت عليَّ كظهر أمى ، أو قال السيد لأمته : أنت على كظهر أمى ، لم يصح

وشرط فى المشبه به : كونه كلَّ أنثى محرم أو جُزْء أنثى مَحْرم ، بنسب أو رضاع أو مُصاهرة ، لم تـكن حلا للزوج ، كبنته وأخته من نسب ومرضعة أبيه أو أمه أو زوجة أبيه التى نكحها قبل ولادته أو معها فيما يظهر ، بخلاف غير الأنثى من ذكر وخنثى ، لأنه ليس محل التمتع ، وبخلاف مَنْ كانت حلاله ، كزوجة ابنه ، وبخلاف أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ؛ لأن تحريمهن ليس للمَحْرمية ، بل لشرفه صلى الله عليه وسلم ، وأما أخته

فَإِذَا قَالَ لَهَا ذَلِكَ وَلَمْ يُتْبِعْهُ بِالطَّلَاقِ صَارَ عَائِدًا

من الرضاع فان كانت ولادتها قبل إرضاعه فلا يصح التشبيه بها ، و إن كانت بعده صح وكذا إن كانت معه فيما يظهر .

تنبيه — يصح تأقيت الظهار كأنت على كظهر أمى يوما ، تغليباً لليمين ، فلو قال : أنت كظهر أمى خمسة أشهر كان ظهاراً مؤقتا و إيلاء لامتناعه من وطئها فوق أربعة أشهر ، ويصح تعليقه لأنه يتعلق به التحريم فأشبه الطلاق ، فلو قال : إن ظاهرت من ضرتك فأنت على كظهر أمى ، فظاهر منها فمظاهر منهما عملا بمقتضى التنجيز والتعليق

(فاذا قال) المظاهر (ذلك ولم يتبعه بالطلاق) بأن يمسكها بعد ظهاره زمن إمكان فرقة ولم يفعل (صار عائداً) لأن تشبيهها بالأم مثلا يقتضى أن لا يمسكها زوجة ، فان أمسكها زوجة بعد فقد عاد فيما قال ، لأن العَوْد للقول مخالفته ، يقال : قال فلان قولا ثم عاد له ، وعاد فيه : أى خالفه ونقضه ، وهو قريب من قولهم : عاد فى هبته

تنبيه — هذا فى الظهار المؤبد أو المطلق ، وفى غير الرجعية ، لأنه فى الظهار المؤقت إنما يصير عائداً بالوطء فى المدة كما سيأتى لا بالإمساك ، والعَوْدُ فى الرجعية إنما هو بالرجعة ، واستثنى من كلامه ما إذا كرر لفظ الظهار وقصد به التأكيد فانه ليس بعَوْد على الأصح مع تمكنه بالإتيان بلفظ الطلاق بدل التأكيد ، وما تقدم من حصول العَوْد بما ذكر محله إذا لم يتصل بالظهار فرقة بسبب من أسبابها ، فلو اتصل بالظهار فرقة بموت منهما أو من أحدها أو فسخ نكاح بسببه أو بسببها أو بانفساخ كردة قبل الدخول ، أوفرقة بسبب طلاق بائن أو رجعى ولم يراجع أو جُنَّ الزوج عقب ظهاره فلا عَوْد ، ولو راجع مَنْ طلقها عقب ظهاره أو ارتد بعد دخول متصلا ثم أسلم بعد ردته فى العدة صار عائداً بالرجعة ، وإن لم يمسكها عقب الرجعة بل طلقها ، لا بالإسلام ، بل هو عائد بعده إن مضى بعد الإسلام زمن يسع فرقة ، والفرق أن مقصود الرجعة الاستباحة ، ومقصود الإسلام

وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، وَالْكَفَّارَةُ : عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ

الرجوع إلى الدين الحق ، فلا يحصل به إمساك ، و إنما يحصل بعده

(و) إذا صار عائداً (لزمته الكفارة) لقوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا » الآية ، وهل وجبت الكفارة بالظهار والعود ، أو بالظهار والعودُ شرط ، أو بالعود فقط لأنه الجزء الأخير ؟ أوجه ذكرها فى أصل الروضة بلا ترجيح والأول هو ظاهر الآية الموافق لترجيحهم أن كفارة اليمين تجب باليمين والحنث جميعا ، ولا تسقط الكفارة بعد العود بفرقة لمن ظاهر منها بطلاق أو غيره ، لاستقرارها بالإمساك ولو قال لزوجاتِهِ الأربع : أنتن على كظهر أمى ، فمظاهر منهن ، فان أمسكهن زمنا يسع طلاقهن فعائد منهن ، فيلزمُهُ أربع كفارات ، فان ظاهر منْهن بأربع كلمات صار عائداً من كل واحدة من الثلاث الأول ، ولزمَهُ ثلاث كفارات ، وأما الرابعة فان فارقَها عقب ظِهارها فلا كفارة عليْه فيهَا ، و إلا فعلَيْه كفارة

(والكفارة) مأخوذة من الكفر ، وهو الستر ، لسترها الذنبَ تخفيفا من الله تعالى وسمى الزراع كافراً لأنه يستر البذر ، وتنقسم الكفارة إلى نوعين : مخيرة فى أولها ومرتبة فى آخرها ، وهى كفارة اليمين ، ومرتبة فى كلها ، وهى كفارة القتل والجماع فى نهار رمضان والظهار ، والكلام الآن فى كفارة الظهار ، وخصالها ثلاثة : الأولى : (عتق رقبة) للآية الكريمة

وللرقبه المجزئة فى الكفارة أربعة شروط ، ذكر المصنف منها شرطين ، الشرط الأول : ما ذكره بقوله : (مؤمنة) ولو باسلام أحد الأبوين أو تبعا للسابى أو الدار ، قال تعالى فى كفارة القتل «فتحرير رقبة مؤمنة » وألحق بها غيرها قياسا عليها أو حملا لإطلاق آية الظهار على المقيد فى آية القتل كحمل المطلق فى قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم» على المقيد فى قوله تعالى «وأشهدوا ذوى عدل منكم »

سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ

الشرط الثانى ما ذكره بقوله : (سليمة من العيوب المضرة بالعمل) إضرارا بينا ، لأن المقصود تكميل حاله ليتفرغ لوظائف الأحرار ، وإنما يحصل ذلك إذا استقل بكفاية نفسه ، وإلا فيصير كلاً على نفسه وعلى غيره

تنبيه — قال الأصحاب : ملاحظة الشافعى فى العيب هنا مايضر بالعمل نظيرُ ملاحظته فى عيب الأضحية ماينقص اللحم ، لأنه المقصود فيها ، وفى عيب النكاح مايخل بمقصود الجماع ، وفى عيب المبيع مايخل بالمالية ، فاعتبر فى كل موضع ما يليق به ، فيجزى صغير ولو ابن يوم حكم باسلامه لإطلاق الآية الكريمة ، ولأنه يرجىٰ كبره كالمريض يرجى برؤه ، وأقرع — وهو من لانبات برأسه — وأعرج يمكنه تتابع المشى بأن يكون عرجه غير شديد ، وأعور لم يضعف عوره بصر عينه السليمة ، وأصم وهو فاقد السمع ، وأخرس إذا فهمت إشارته ويفهم بالإشارة ، وفاقد أنفه وفاقد أذنيه وفاقد أصابع رجليه ، ولا يجزى زمن ولا فاقد رجل أو خنصر وبنصر من يد أو فاقد أنملتين من غيرهما ولا فاقد أنملة الإبهام لتعطل منفعة اليد ، ولايجزى هرم عاجز ولا مريض لا يرجى برؤه ، فإن برىء بان الإجزاء على الأصح .

الشرط الثالث : كمال الرق فى الإعتاق عن الكفارة ، فلا يجزىء شراء قريب يعتق عليه بمجرد الشراء بأن كان أصلا أو فرعا بنية عتقه عن كفارته ، لأن عتقه مستحق بجهة القرابة ، فلا ينصرف عنها إلى الكفارة ، ولا عتق أم ولد لاستحقاقها العتق ، ولا عتق ذى كتابة صحيحة لأن عتقه يقع بسبب الكتابة ، ويجزىء مدبر ومعلق عتقه بصفة

الشرط الرابع : خلو الرقبة عن شَوْب العوض ، فلو أعتق عبده عن كفارته بعوض يأخذه من الرقيق كأعتقتك عن كفارتى على أن ترد على ألفا ، أو على أجنبي كأعتقت عبدى هذا عن كفارتى بألف لى عليك ، فقبل ، لم يجز ذلك الإعتاق عن كفارته ، وضابط من يلزمه العتق كل من ملك رقيقا أو ثمنه من نقد أو عرض فاضلا عن كفاية

فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ

نفسه وعياله الذين تلزمه مؤنتهم شرعا نفقة وكسوة وسكنى وأثاثا وإخداما لابد منه لزمه العتق ، قال الرافعى : وسكتوا عن تقدير مدة النفقة وبقية المؤن ، فيجوز أن يقدر ذلك بالعمر الغالب ، وأن يقدر بسنة ، وصوب فى الروضة منهما الثانى ، وقضية ذلك أنه لا نقل فيها مع أن منقول الجمهور الأول ، وهو المعتمد ، ولا يجب على المكفر بيع ضيعته ، وهى - بفتح الضاد - العقار ، ولا بيع رأس مال تجارته ، بحيث لا يفضل دخلهما من غلة الضيعة وربح مال التجارة عن كفاية لمونه لتحصيل رقيق يعتقه ، ولا بيع مسكن ورقيق نفيسين ألفهما لعسر مفارقة المألوف ، ولا يجب شراء بغبن ، وأظهر الأقوال اعتبار اليسار الذى يلزم به الإعتاق بوقت الأداء ، لا بوقت الوجوب ، ولا بأى وقت كان

ثم شرع فى الخصلة الثانية من خصال الكفارة فقال : (فان لم يجد) رقبة يعتقها بأن عجز عنها حسا أو شرعا (فصيام شهرين متتابعين) الآية الكريمة ، فلو تكلف الإعتاق بالاستقراض أو غيره أجزأه لأنه ترقى إلى الرتبة العليا ، ويعتبر الشهران بالهلال ، ولو نقصا ، ويكون صومهما بنية الكفارة لكل يوم منهما كما هو معلوم فى صوم الفرض ، و يجب تبييت النية كما فى صوم رمضان ، ولا يشترط نية التتابع اكتفاء بالتتابع الفعلى ، فان بدأ بالصوم فى أثناء شهر حسب الشهر بعده بالهلال وأتم الأول من الثالث ثلاثين يوما ، ويفوت التتابع بفوت يوم بلا عذر ، ولو كان اليوم الأخير ، أما إذا فات بعذر فان كان كجنون لم يضر لأنه ينافى الصوم ، أو كمرض مسوغ للفطر ضر لأن المرض لا ينافى الصوم .

ثم شرع فى الخصلة الثالثة من خصال الكفارة فقال : (فان لم يستطع) أى الصوم المتتابع لهرم أو مرض يدوم شهرين ظنا المستفاد من العادة فى مثله أو من قول الأطباء

فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ، كُلُّ مِسْكِينٍ مُدٌّ ، وَلاَ يَحِلُّ [لِلْمُظَاهِرِ] وَطْؤُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ .

أو لمشقة شديدة ولو كانت المشقة لشبق وهو شدة الغلمة أى شهوة الوطء أو خوف زيادة مرض (فاطعام ستين مسكينا) للآية الكريمة السابقة ، أو فقيرا لأنه أشد حالا منه ، ويكفى كون البعض مساكين والبعض فقراء

تنبيه - قوله « فاطعام » تبع فيه لفظ القرآن الكريم ، والمراد تمليكهم ، كقول جابر رضى الله عنه « أطعم النبى صلى الله عليه وسلم الجدة السدس » أى ملكها ، فلا يكفى التغدية ولا التعشية ، وهل يشترط اللفظ ، أو يكفى الدفع ؟ عبارة الروضة تقتضى اللفظ ، لأنه عبر بالتمليك ، قال الأذرعى : وهو بعيد ، أى فلا يشترط لفظ ، وهذا هو الظاهر كدفع الزكاة .

ولا يكفى تمليكه كافرا ولا هاشميا ولا مطلبيا ولا من تلزمه نفقته كزوجته وقريبه ، ولا إلى مكفى بنفقة قريب أو زوج ، ولا إلى عبد ولو مكاتبا ، لأنها حق الله تعالى ، فاعتبر فيها صفات الزكاة .

ويصرف للستين المذكورين ستين مدا (كل مسكين مد) كان يضعها بين أيديهم ويملكها لهم بالسوية أو يطلق ، فاذا قبلوا ذلك أجزأ على الصحيح ، فلو فاوت بينهم بتمليك واحد مدين وآخر مد أو نصف مد لم يجز ، ولو قال : خذوه ، ونوى ، فأخذوه بالسوية أجزأ ، فان تفاوتوا لم يجزه إلا مد واحد ، مالم يتبين معه من أخذ مدا آخر ، وهكذا ، وجنس الأمداد من جنس الحب الذى يكون فطرة ، فيخرج من غالب قوت بلد المكفر ، فلا يجزى نحو الدقيق والسويق والخبز واللبن ، ويجزىء الأقط كما يجزى فى الفطرة .

(ولا يحل) للمظاهر ظهارا مطلقا (وطؤها) أى زوجته التى ظاهر منها (حتى يكفر) لقوله تعالى فى العتق « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » ويقدر من قبل أن يتماسا فى الإطعام حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الواقعة ، وخرج بالوطء غيره كاللمس ونحوه كالقبلة بشهوة

(فَصْلٌ)

فانه جائز فى غير مابين السرة والركبة ، أما مابينهما فيحرم كما رجحه الرافعى فى الشرح الصغير ، ويصح الظهار المؤقت كما مر ويقع مؤقتا ، وعليه إنما يحصل العود فيه بالوطء فى المدة ، لأن الحل منتظر بعد المدة فالإمساك يحتمل أن يكون لانتظار الحل أو الوطء فى المدة ، والأصل براءته من الكفارة ، وكالتكفير مضى الوقت لانتهائه بها .

تتمة - إذا عجز من لزمته الكفارة عن جميع الخصال بقيت فى ذمته إلى أن يقدر على شىء منها ، فلا يطأ المظاهر حتى يكفر ، ولا يجزى كفارة ملفقة من خصلتين كأن يعتق نصف رقيق ويصوم شهرا أو يصوم شهرا ويطعم ثلاثين ، فان وجد بعض الرقبة صام لأنه عادم لها ، بخلاف ما إذا وجد بعض الطعام فانه يخرجه ولو بعض مد لأنه لابدل له والميسور لا يسقط بالمعسور ، ويبقى الباقى فى ذمته فى أحد وجهين يظهر ترجيحه ، لأن الفرض أن العجز عن جميع الخصال لا يسقط الكفارة ، ولا نظر إلى توهم كونه فعل شيئاً ، وإذا اجتمع عليه كفارتان ولم يقدر إلا على رقبة أعتقها عن إحداهما وصام عن الأخرى إن قدر ، وإلا أطعم .

(فصل) فى اللعان

وهو لغة : المباعدة ، ومنه « لعنه الله » أى أبعده وطرده ، وسمى بذلك لبعد الزوجين عن الرحمة ، أو لبعد كل منهما عن الآخر ، فلا يجتمعان أبداً .

وشرعا : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف مَنْ لَطَّخَ فراشه وألحق العار به ، وسميت هذه الكلمات لعاناً بقول الرجل « عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين » وإطلاقه فى جانب المرأة من مجاز التغليب ، واختير لفظه دون لفظ الغضب وإن كانا موجودين فى اللعان لكون اللعنة مقدمة فى الآية ، ولأن لعانهُ قد ينفك عن لعانها ، ولا ينعكس .

وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ بِالزِّنَا فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ ، إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ

والأصل فيه قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ـ الآيات » وسبب نزولها ذكرته فى شرح البهجة وغيره .

وهو يمين مؤكدة بلفظ الشهادة كما فى الروضة عن الأصحاب ، فلا يصح لعان صبى ومجنون ، ولا يقتضى قذفهما لعانا بعد كمالهما ولا عقوبة كما فى الروضة ، ولم يقع بالمدينة الشريفة لعان بعد اللعان الذى وقع بين يدى النبي صلى الله عليه وسلم ، إلا فى أيام عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه

(وإذا رمى) أى قذف (الرجل) المكلف (زوجته) المحصنة (بالزنا) صريحا كزنيت ، ولو مع قوله فى الجبل ، أو يازانية ، أو زنى فرجك ، أو يا قحبة ، كما أفتى به ابن عبد السلام ، أو كناية : كزنأت فى الجبل ـ بالهمز ـ لأن الزنء هو الصعود ، بخلاف زنأت فى البيت ـ بالهمز ـ فصريح ، لأنه لا يستعمل بمعنى الصعود فى البيت ونحوه ، زاد فى الروضة أن هذا كلام البغوى وأن غيره قال : إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه فيها فهو صريح قطعا ، أو يافاجرة ، أو يافاسقة ، أو أنت تحبين الخلوة بالرجال ، أو لم أجدك بكرا ، ونوى بذلك القذف (فعليه) لها (حد القذف) للإيذاء ، وخرج بقيد المحصنة غيرها ، والمحصن الذى يحد قاذفه : مكلف ، ومثله السكران المتعدى بسكره ، حر مسلم ، عفيف عن وطء يحد به ، فلا يحد بقذف زوجته الصغيرة التى لا تحتمل الوطء ولا البكر قبل دخوله بها (إلا أن يقيم البينة) بزناها ، فيرتفع عنه الحد أو التعزير ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف زوجته بشريك بن سمحاء « البينة أو حد فى ظهرك » فقال : والذى بعثك بالحق نبيا إنى لصادق ، ولينزلن الله فى أمرى مايبرىء ظهرى من الحد ، فنزلت آية اللعان ـ الحديث ، وهو بطوله فى صحيح البخارى ، فدل على ارتفاع الحد بالبينة .

أَوْ يُلَاعِنَ فَيَقُولَ عِنْدَ الْحَاكِمِ

(أو يلاعن) لدفع الحد إن اختاره ، لحديث هلال ، وله الامتناع ، وعليه حد القذف كما فى الروضة ، ويشترط لصحة اللعان : سبق قذفه زوجته ، تقديماً للسبب على المسبب كما هو مستفاد من صنيع المصنف ، وبه صرح الأصحاب ، لأن اللعان إنما شرع لخلاص القاذف من الحد ، قال فى المهذب : لأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لدفع العار والنسب الفاسد ، وقد يتعذر عليه إقامة البينة ، فجعل اللعان بينة له ، فله قذفها إذا تحقق زناها ، بأن رآها تزنى ، أو ظن زناها ظنا مؤكداً أورثه العلم كشياع زناها بزيد مصحوبا بقرينة كأن رآهما ولو مرة واحدة فى خلوة أو رآه يخرج من عندها أو هى تخرج من عنده أو رأى رجلا معها مراراً فى محل ريبة أو مرة تحت شعار فى هيئة منكرة ، أما مجرد الإشاعة فقط أو القرينة فقط فلا يجوز له اعتماد واحد منهما ، أما الإشاعة فقد يشيعه عدو لها أو من يطمع فيها فلم يظفر بشىء ، وأما مجرد القرينة المذكورة فلأنه ربما دخل عليها لخوف أو سرقة أو طمع أو نحو ذلك ، والأولى له كما فى زوائد الروضة أن يستر عليها ويطلقها إن كرهها لما فيه من ستر الفاحشة وإقالة العثرة ، هذا حيث لا ولد ينفيه ، فان كان هناك ولد ينفيه بأن علم أنه ليس منه لزمه نفيه ، لأن ترك النفى يتضمن استلحاقه ، واستلحاق من ليس منه حرام ، كما يحرم نفى من هو منه ، وإنما يعلم إذا لم يطأها أو وطئها ولكن ولدته لدون ستة أشهر من وطئه التى هى أقل مدة الحمل ، أو لفوق أربع سنين من الوطء التى هى أكثر مدة الحمل ، فلو علم زناها واحتمل كون الولد منه ومن الزنا وإن لم يستبرئها بعد وطئه حرم النفى رعاية للفراش ، وكذا القذف واللعان على الصحيح ، لأن اللعان حجة ضرورية إنما يصار إليها لدفع النسب أو قطع النكاح حيث لا ولد على الفراش الملطخ ، وقد حصل الولد هنا فلم يبق له فائدة والفراق ممكن بالطلاق .

ثم شرع فى كيفية اللعان بقوله : (فيقول) أى الزوج (عند الحاكم) أو نائبه ،

فى الْجَامِعِ عَلَى الْمِنْبَرِ

اذ اللعان لا يعتبر الا بحضوره ، والمحكم حيث لا ولد كالحاكم ، أما إذا كان هناك ولد فلا يصح التحكيم إلا أن يكون مكلفا و يرضى بحكمِهِ ، لأن له حقا فى النسب ، فلا يؤثر رضاهما فى حقه ، والسيد فى اللعان بين أمته وعبده إذا زوجها منه ، كالحاكم ، لأن له أن يتولى لعان رقيقه .

ويسن التغليظ فى اللعان بالمكان والزمان .

أما القسم الأول — وهو التغليظ بالمكان — فيكون فى أشرف مواضع بلد اللعان لأن فى ذلك تأثيراً فى الزجر عن اليمين الفاجرة ، فان كان فى غير المساجد الثلاثة فيكون (فى الجامع على المنبر) كما صححه صاحب الكافى ، لأن الجامع هو المعظم من تلك البلدة والمنبر أولى ، فان كان فى المسجد الحرام فبين الركن الذى فيه الحجر الأسود و بين مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، و يسمى ما بينهما بالحطيم ، فان قيل : لا شىء فى مكة أشرف من البيت ، أجيب بأن عُدُولهم عنه صيانه له عن ذلك ، و إن كان فى مسجد المدينة فعلى المنبر كما فى الأم والمختصر ، لقوله صلى الله عليه وسلم «من حلف على منبرى هذا يمينا آثما تبوأ مقعده من النار» . و إن كان فى بيت المقدس فعند الصخرة ، لأنها أشرف بقاعه ، لأنها قبلة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، وفى صحيح ابن حبان «أنها من الجنة» وتلاعن امرأة حائض أو نفساء أو متحيرة مسلمة بباب المسجد لتحريم مكثها فيه ، والباب أقرب إلى المواضع الشريفة ، و يلاعن الزوج فى المسجد ، فاذا فرغ خرج الحاكم أو نائبه إليها ، و يغلظ على الكافر الكتابى إذا ترافعوا إلينا فى بيعة ، وهى — بكسر الموحدة — معبد النصارى ، وفى كنيسة وهى معبد اليهود ، وفى بيت نار مجوسى ، لا بيت أصنام وثنى لأنه لا حرمة له .

وأما القسم الثانى — وهو التغليظ بالزمان فى المسلم — فيكون بعد صلاة عصر كل يوم إن

فى جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ: أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّنِى لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِى فُلَانَةَ مِنَ الزِّنَا

كان طلبه حثيثاً لأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة ، لخبر الصحيحين عن أبى هريرة «أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ثلاثة لايكلمهم الله يوم القيامة ولايزكيهم ولهم عذاب أليم» وعد منهم رجلا حلف على يمين كاذبة بعد العصر يقتطع بها مال امرىء مسلم ، فان لم يكن طلب حثيث فبعد صلاة عصر يوم الجمعة ، لأن ساعة الإجابة فيه كما رواه أبو داود والنسائى وصححه الحاكم ، وروى مسلم أنها من مجلس الإمام على المنبر إلى أن تنقضى الصلاة . وأما تغليظه بالزمان فى الكافر فيعتبر بأشرف الأوقات عندهم كما ذكره الماوردى و إن كان قضية كلام المصنف أنه كالمسلم ، ونقله ابن الرفعة عن البندنيجى وغيره .

تنبيه - من لاينتحل ديناً كالدهرى والزنديق الذى لا يتدين بدين وعابد الوثن لايشرع فى حقهم تغليظ ، بل يلاعنون فى مجلس الحكم ، لأنهم لايعظمون زماناً ولا مكاناً فلا ينزجرون ، قال الشيخان : ويحسن أن يحلف من ذكر بالله الذى خلقه ورزقه ، لأنه و إن غلا فى كفره وجد نفسه مذعنة لخالق مدبر .

ويسن التغليظ أيضاً (فى جماعة) أى بحضور جمع عدول (من) أعيان (الناس) وصلحائهم من بلد اللعان ، لقوله تعالى « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» ولأن فيه ردْعاً عن الكذب ، وأقلهم كما فى المنهاج كأصله أربعة لثبوت الزنا بهم ، فاستحب أن يحضر ذلك العدد .

ويبدأ فى اللعان بالزوج فيقول : (أشهد بالله إننى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه (من الزنا) إن كانت حاضرة ، فان كانت غائبة عن البلد أو عن مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعا للاشتباه ، و إن كان

وَإِنَّ هٰذَا الْوَلَدَ مِنَ الزِّنَا، وَلَيْسَ مِنِّي، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَيَقُولُ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعِظَهُ الْحَاكِمُ: وَعَلَيَّ لَعْنَةُ اللّٰهِ إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ

ثم ولد ينفيه عنه ذكره فى كل كلمات اللعان الخمس الآتية لينتفى عنه، فيقول فى كل منها: (وإن هذا الولد) إن كان حاضراً، أو إن الولد الذى ولدته إن كان غائباً (من الزنا، وليس) هو (منى) لأن كل كل مرة بمنزلة شاهد، فلو أغفل ذكر الولد فى بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه.

تنبيه - قضية كلامه أنه لو اقتصر على قوله « من الزنا » ولم يقل « ليس منى » أنه لا يكفى.

قال فى الشرح الكبير: وبه أجاب كثيرون، لأنه قد يظن أن وطء النكاح الفاسد والشبهة زنا، ولكن الراجح أنه يكفى كما صححهُ فى أصل الروضة والشرح الصغير، حملا للفظ الزنا على حقيقته، وقضيتهُ أيضاً أنهُ لو اقتصر على قوله « ليس منى » لم يكف، وهو الصحيح، لاحتمال أن يريد أنهُ لا يشبهه خَلْقاً ولا خُلُقا، فَلَا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله: من زنا، أو وطء شبهة.

ويكرر ذلك (أربع مرات) للآيات السابقة أول الفصل، وكررت الشهادة لتأكيد الأمر، لأنها أقيمت مقام أربعة شهود من غيره، ليقام عليها الحد، ولذلك سميت شهادات، وهى فى الحقيقة أيمان، وأما الكلمة الخامسة الآتية فمؤكدة لمفاد الأربع (ويقول فى) المرة (الخامسة بعد أن يعظه الحاكم) ندباً بأن يخوفه من عذاب الله تعالى وقد قال صلى الله عليه وسلم لهلال « اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » ويأمر رجلاً أن يضع يده على فيه لعله ينزجر، فان أبى بعد مبالغة الحاكم فى وعظه إلا المضى قال له: قل (وعلىّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين) فيما رميتها به من الزنا، ويشير إليها فى الحضور ويميزها فى الغيبة كما فى الكلمات الأربع.

وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ خَمْسَةُ أَحْكَامٍ : سُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ ، وَوُجُوبُ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، وَزَوَالُ الْفِرَاشِ

تنبيه — كان من حق المصنف أن يذكر هذه الزيادة ، لئلا يتوهم أن الخامسة لا يشترط فيها ذكر ذلك ، وسكوته أيضاً عن ذكر الولد فى الخامسة يقتضى أيضاً أنه لا يشترط فى نفيه ذكره فيها ، وليس مراداً كما مر أنه لا بد من ذكره فى الكلمات الخمس ، وسكت أيضاً عن ذكر الموالاة فى الكلمات الخمس ، والأصح اشتراطها كما فى الروضة ، فيؤثر الفصل الطويل ، وهذا كله إن كان قذف ولم تثبته عليه ببينة ، وإلا بأن كان اللعان لنفى ولد كأن احتمل كونه من وطء شبهة ، أو أثبتت قذفه ببينة قال فى الأول : فيما رميتها به من إصابة غيرى لها على فراشى ، وإن هذا الولد من تلك الإصابة ، إلى آخر الكلمات ، وفى الثانى : فيما أثبتت على من رمى إياها بالزنا إلى آخره ، ولا تلاعن المرأة فى الأول ، إذ لا حد عليها بهذا اللعان حتى تسقطه بلعانها .

(ويتعلق بلعانه) أى بتمامه من غير توقف على لعانها ولا قضاء القاضى كما فى الروضة (خمسة أحكام) وعليها اقتصر أيضاً فى المنهاج ، وذكر فى الزوائد زيادة عليها كما سيأتى مع غيرها : الأول : (سقوط الحد) أى سقوط حد قذف الملاعنة عنه إن كانت محصنة ، وسقوط التعزير عنه إن لم تكن محصنة ، ولا يسقط حد قذف الزانى عنه إلا إن ذكره فى لعانه .

تنبيه — كان الأولى أن يعبر بالعقوبة بدل الحد ، ليشمل التعزير

(و) الثانى : (وجوب الحد) أى حد الزنا (عليها) أى زوجته مسلمة كانت أو كافرة إن لم تلاعن لقوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب — الآية » فدل على وجوبه عليها بلعانه ، وعلى سقوطه بلعانها (و) الثالث : (زوال الفراش) أى فراش الزوج عنها لانقطاع النكاح بينهما ، لما فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم « فرق بينهما »

وَنَفْيُ الْوَلَدِ ، وَالتَّحْرِيمُ عَلَى الْأَبَدِ

ثم قال « لا سبيل لك عليها » وهى فرقة فسخ كالرضاع لحصولها بغير لفظ ، وتحصل ظاهراً وباطناً ، وفى سنن أبى داود « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً »

تنبيه — تعبير المصنف بالفراش مراده به هنا الزوجية كما مر تبعاً لجمع من أئمة اللغة وغيرهم

(و) الرابع : (نفى) انتساب (الولد) إليه إن نفاه فى لعانه ، لخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم « فرق بينهما وألحق الولد بالمرأة » وإنما يحتاج الملاعن إلى نفى نسب ولد يمكن كونه منه ، فان تعذر كون الولد منه كأن طلقها فى مجلس العقد أو نكح امرأة وهو بالمشرق وهى بالمغرب أو كان الزوج صغيراً أو ممسوحا لم يلحقه الولد لاستحالة كونه منه ، فلا حاجة فى انتفائه إلى لعانه ، والنفى فورى كالرد بالعيب بجامع الضرر بالإمساك ، إلا لعذر ، كأن بلغه الخبر ليلا فأخر حتى يصبح ، أو كان مريضاً ، أو محبوساً ولم يمكنه إعلام القاضى بذلك ، أو لم يجده فأخر ، فلا يبطل حقه إن تعسر عليه فيه إشهاد بأنه باق على النفى ، وإلا بطل حقه من النفى لتفريطه ، كما لو أخر بلا عذر ، فيلحقه الولد ، وله نفى حَمْل وانتظار وضعه ليتحقق كونه ولداً ، فلو قال : علمته ولداً وأخرت رجاء وضعه ميتاً فأكفى اللعان ، بطل حقه من النفى لتفريطه ، فان أخر وقال : جهلت الوضع ، وأمكن جهلُه ، صدق بيمينه ، ولا يصح نفى أحد توأمين بأن لم يتخلل بينهما ستة أشهر ، بأن ولدا معا أو تخلل بين وضعيها دون ستة أشهر لأن الله تعالى لم يُجْرِ العادة بأن يجمع فى الرحم ولداً من ماء رجل وولداً من ماء آخر ، لأن الرحم إذا اشتمل على المنى انسد فمه فلا يتأتى قبوله منيا آخر ، ولو هنئ بولد كأن قيل له : متعت بولدك ، فأجاب بما يتضمن إقرارا كآمين أو نعم ، لم ينفه ، بخلاف ما إذا أجاب بما لا يتضمن إقراراً كقوله : جزاك الله خيراً ، لأن الظاهر أنه قصد مكافأة الداعى بالدعاء

(و) الخامس : (التحريم) أى تحريمها عليه (على الأبد) فلا يحل له نكاحها

. . . .

بعد اللعان ، ولا وطؤها بملك اليمين لو كانت أمة واشتراها ، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المار « لاسبيل لك عليها » أى : لاطريق لك إليها ، ولما مر فى الحديث الآخر « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

تنبيه — بقى على المصنف من الأحكام أشياء لم يذكرها ، وقد تقدم الوعد بذكرها :

منها سقوط حد قذف الزانى بها عن الزوج إن سماه فى لعانه كما مرت الإشارة إليه ، فان لم يذكره فى لعانه لم يسقط عنه حد قذفه ، لكن له أن يعيد اللعان و يذكره ، فإن لم يلاعن ولا بينة وحد لقذفها بطلبها فطالبه الرجل المقذوف به بالحد وقلنا بالأصح إنه يجب عليه حدان فله اللعان ، وتأبدت حرمة المرأة باللعان لأجل الرجل فقط ، ولو ابتدأ الرجل فطالبه بحد قذفه كان له اللعان لإسقاط الحد فى أحد وجهين يظهر ترجيحه بناء على أن حقه يثبت أصلاً ، لاتبعاً لها ، كما هو ظاهر كلامهم ، و إن عفا أحدهما فللآخر مطالبته بحقه وحيث قلنا يلاعن للمقذوف به لا يثبت بلعانه زنا المقذوف ، ولا يلاعن المقذوف ، و إنما فائدته سقوط الحد عن القاذف

ومنها سقوط حصانتها فى حق الزوج إن امتنعت من اللعان

ومنها تشطير الصداق قبل الدخول

ومنها أن حكمها حكم المطلقة بائناً ، فلا يلحقها طلاق ، و يحل للزوج نكاح أربع سواها ، ومن يحرم جمعه معها كأختها وعمتها ، وغير ذلك من الأحكام المرتبة على البينونة ، و إن لم تنقض عدتها ، ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضى ولا على لعانها ، بل يحصل بمجرد لعان الزوج

ومنها أنه لا نفقة لها و إن كانت حاملاً إذا نفى الحمل بلعانه كما جزم به فى الكافى

فرع — لو قذف زوج زوجته وهى بكر ثم طلقها وتزوجت ثم قذفها الزوج الثانى وهى ثيب ثم لاعنا ولم تلاعن جلدت ثم رجمت

وَيَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْهَا بِأَنْ تَلْتَعِنَ فَتَقُولَ : أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّ فُلَانًا هٰذَا لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا ، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَتَقُولَ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعِظَهَا الْحَاكِمُ : وَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ .

(ويسقط الحد عنها) أى حد الزنا الذى وجب عليها بتمام لعان الزوج (بأن تلاعن) بعد تمام لعانه كما هو مستفاد من لفظ السقوط ، لأنه لا يكون إلا فيما وجب ، ولم يجب عليها إلا بتمام لعانه ، وباشتراط البعدية جزم به فى الروضة ، ودل عليه قوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب ـ الآية » (فتقول) بعد أن يأمرها الحاكم فى جمع من الناس كما سن التغليظ فى حقه كما مر (أشهد بالله إن فلاناً هذا) أى زوجها إن كان حاضراً وتميزه فى الغيبة كما فى جانبها (لمن الكاذبين) على (فيما رمانى به من الزنا، أربع مرات) لقوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ـ الآية » (وتقول فى المرة (الخامسة بعد أن يعظها) أى يبالغ (الحاكم) ندباً فى هذه المرة بالتخويف والتحذير كأن يقول لها : عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، ويأمر امرأة أن تضع يدها على فمها لعلها أن تنزجر ، فان أبت إلا المضى قال لها : قولى (وعلى غضب الله إن كان من الصادقين) فيما رمانى به من الزنا ، كما فى الروضة .

تنبيه ـ أفهم سكوته فى لعانها عن ذكر الولد أنها لا تحتاج إليه ، وهو الصحيح لأنه لا يتعلق بذكره فى لعانها حكم ، فلم يحتج إليه ، ولو تعرضت له لم يضر .

تتمة ـ لو بدل لفظ شهادة بحلف أو نحوه ، كأقسم بالله ، أو أحلف بالله ، إلى آخره ، أو لفظ غضب بلعن أو غيره كالإبعاد وعكسه : كأن ذكر الرجل الغضب والمرأة اللعن ، أو ذكر اللعن أو الغضب قبل تمام الشهادة ـ لم يصح ذلك اتباعا للنص كما فى الشهادة ، والحكمة فى اختصاص لعانها بالغضب ولعان الرجل باللعن أن جريمة الزنا أعظم من جريمة القذف ، فقوبل الأعظم بمثله وهو الغضب ، لأن غضبه تعالى إرادة

(فَصْلٌ) وَالْمُعْتَدَّةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : مُتَوَفًّى عَنْهَا، وَغَيْرُ مُتَوَفًّى عَنْهَا ، فَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ

الانتقام من العصاة و إنزال العقوبة بهم ، واللعن الطرد والبعد ، فخصت المرأة بالتزام أغلظ العقوبة ، ولو نفى الذمى ولداً ثم أسلم لم يتبعه فى الإسلام ، فلو مات الولد وقسم ميراثه بين ورثته الكفار ثم استلحقه لحقه فى نسبه و إسلامه وورثه وانتقضت القسمة ، ولو قتل الملاعن من نفاه ثم استلحقه لحقه وسقط عنه القصاص ، والاعتبار فى الحد والتعزير بحالة القذف ، فلا يتغيران بحدوث عتق أو رق أو إسلام فى القاذف أو المقذوف .

(فصل) فى العِدَدِ

جمع عِدّة ، مأخوذة من العَدَدِ ، لاشتمالها على عَدَدٍ من الأقراء أو الأشهر غالبا وهى فى الشرع : اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبد ، أو لتفجعها على زوجها .

والأصل فيها قبل الإجماع الآيات والأخبار الآتية ، وشرعت صيانة للأنساب وتحصيناً لها من الاختلاط ، رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثانى ، والمغلب فيها التعبد ، بدليل أنها لا تنقضى بقرء واحد مع حصول البراءة به .

(والمعتدة) من النساء (على ضربين: متوفى عنها ، وغير متوفى عنها) سلك المصنف رحمه الله تعالى فى تقسيم الأحكام الآتية طريقة حسنة مع الاختصار .

ثم بدأ بالضرب الأول فقال : (فالمتوفى عنها) حرة كانت أو أمة (إن كانت حاملا) بولد يلحقُ الميت (فعدتها بوضع الحمل) أى انفصاله كله ، حتى ثانى توأمين ، ولو بعد الوفاة ، لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فهو مقيد لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن

وَإنْ كَانَتْ حَائِلاً فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ

أربعة أشهر وعشراً » ولقوله صلى الله عليه وسلم لسبيعة الأسلمية وقد وضعت بعد موت زوجها بنصف شهر « قد حللت فانكحى من شئت » متفق عليه ، وخرج بقولنا يلحق الميت ما لو مات صبي لا يولد لمثله عن حامل فان عدتها بالأشهر لا بالوضع ، لأنه منتف عنه يقيناً لعدم إنزاله ، وكذا لو مات ممسوح - وهو المقطوع جميع ذكره وأنثييه - عن حامل فعدتها بالأشهر ، لا بالوضع ، إذ لا يلحقه ولد على المذهب ، لأنه لا ينزل ، فان الأنثيين محل المنى الذى يتدفق بعد انفصاله من الظهر ، ولم يعهد لمثله ولادة

فائدة — حكى أن أبا عبيد بن حربويه قلد قضاء مصر ، وقضى به ، فحمله الممسوح على كتفه وطاف به فى الأسواق ، وقال : انظروا إلى هذا القاضى يلحق أولاد الزنا بالخدام ، و يلحق الولد مجبوبا قطع جميع ذكره و بقى أنثياه

فتعتد الحامل بوضعه لبقاء أوعية المنى ومافيها من القوة المحيلة للدم ، وكذا مسلول خصيتاه و بقى ذكره ، يلحقه الولد فتنقضى به العدة على المذهب ، لأن آلة الجماع باقية ، فقد يبالغ فى الإيلاج فيلتذ و ينزل ماء رقيقا

(وإن كانت) أى المعتدة عن وفاة (حائلا) وهى - بهمزة مكسورة - غير الحامل (فعدتها) إن كانت حرة و إن لم توطأ أو كانت صغيرة أو زوجة صبى أو ممسوح (أربعة أشهر وعشر) من الأيام ، لقوله تعالى « والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وهو محمول على الحرائر كما مر ، وعلى الحائلات بقرينة الآية المتقدمة ، وكالحائلات الحاملة من غير الزوج ، وهذه الآية ناسخة لقوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول »

فان قيل : شرط الناسخ أن يكون متأخراً عن المنسوخ ، مع أن الآية الأولى متقدمة ، وهذه متأخرة

وَغَيْرُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ

أجيب بأنها متقدمة فى التلاوة متأخرة فى النزول

وتعتبر الأشهر بالأهلة ما أمكن ، ويكمل المنكسر بالعدد كنظائره ، فان خفيت عليها الأهلة كالمحبوسة اعتدت بمائة وثلاثين يوما ، ولو مات عن مطلقة رجعية انتقلت إلى عدة وفاة بالإجماع كما حكاه ابن المنذر ، أو مات عن مطلقة بائن فلا تنتقل لعدة وفاة لأنها ليست بزوجة ، فتكمل عدة الطلاق ، وخرج بقيد الحرة الأمة ، وستأتى فى كلامه .

ثم شرع فى الضرب الثانى فقال : (وغير المتوفى عنها) المعتدة عن فرقة طلاق أو فسخ بعيب أو رضاع أو لعان (إن كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل) لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فهو مخصص لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ولأن المعتبر من العدة براءة الرحم وهى حاصلة بالوضع ، بشرط إمكان نسبته إلى صاحب العدة زوجا كان أو غيره ، ولو احتمالا ، كمنفى بلعان لأنه لا ينافى إمكان كونه منه ، ولهذا لو استلحقه لحقه ، فان لم يمكن نسبته إليه لم تنقض بوضعه ، كما إذا مات صبى لا يتصور منه الإنزال أو ممسوح عن زوجة حامل ، فلا تعتد بوضع الحمل كما مر ، وكذا كل مَنْ أتت زوجته الحامل بولد لا يمكن كونه منه كأن وضعته لدون ستة أشهر من النكاح ، أو لأكثر وكان بين الزوجين مسافة لا تقطع فى تلك المدة ، أو لفوق أربع سنين من الفرقة ، لم تنقض عدتها بوضعه ، لكن لو ادعت فى الأخيرة أنه راجعها أو جدد نكاحها أو وطئها بشبهة وأمكن فهو ، و إن انتفى عنه تنقضى به عدتها ، و يشترط انفصال كل الحمل ، فلا أثر لخروج بعضه متصلا أو منفصلا فى انقضاء العدة ولا فى غيرها من سائر أحكام الجنين ، لعدم تمام انفصاله ، ولظاهر الآية ، واستثنى من ذلك وجوب الغرة بظهور شىء منه ، لأن المقصود تحقق وجوده ، ووجوب

وَإِنْ كَانَتْ حَائِلاً وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ، وَهِيَ الْأَطْهَارُ

القود إذا حزَّ جانٍ رقبتَه وهو حى ، ووجوب الدية بالجناية على أمه إذا مات بعد صياحه ، وتنقضى العدة بميت و بمضغة فيها صورة آدمى خفيت على غير القوابل لظهورها عندهن ، فإن لم يكن فى المضغة صورة لا ظاهرة ولا خفية ولـكن قلن هى أصل آدمى ولو بقيت لتصورت انقضت العدة بوضعهـا على المذهب المنصوص ، لحصول براءة الرحم بذلك ، وهذه المسألة تسمى مسألة النصوص ، فانه نص هنا الشافعى على أن العدة تنقضى بها ، وعلى أنه لا تجب فيها الغرة ولا يثبت بها الاستيلاد ، والفرق أن العـدة تتعلق ببراءة الرحم وقد حصلت ، والأصل براءة الذمة فى الغرة ، وأمومة الولد الولد إنما تثبت تبعاً للولد ، وهذا لا يسمى ولداً ، وخرج بالمضغة العلقة ، وهى : منى يستحيل فى الرحم فيصير دما غليظاً ، فلا تنقضى العدة بها ، لأنها لا تسمى حملا .

فائدة — وقع فى الإفتاء أن الولد لو مات فى بطن المرأة وتعذر نزوله بدواء أو غيره كما يتفق لبعض الحوامل هل تنقضى عدتهـا بالأقراء إن كانت من ذوات الأقراء ، أو بالأشهر إن لم تـكن من ذوات الأقراء ، أو لا تنقضى عدتها ما دام فى بطنها ؟

اختلف العصريون فى ذلك ، والظاهر الثـانى كما صرح به جلال الدين البلقينى فى حواشى الروضة ، قال : وقد وقعت هذه المسألة واستفتينا فيهـا فأجبنا بذلك ، انتهى . ويدل لذلك قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »

(و إن كانت) أى : المعتدة عن فرقة طلاق وما فى معناه مما مر (حائلا) بالمعنى المتقدم (وهى من ذوات) أى : صواحب (الحيض ، فعدتها ثلاثة قروء) جمع قَرْء ، وهو لغة — بفتح القاف وضمها — حقيقة فى الحيض والطهر ، ومن إطلاقه على الحيض ما فى خبر النسائى وغيره « تترك الصلاة أيام أقرائها » ، (وهى) فى الاصطلاح (الأطهار) كما روى عن عمر وعلى وعائشة وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، ولقوله

إلاَّ إذا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسَةً فَعِدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ

تعالى « فطلقوهن لعدتهن » والطلاق فى الحيض يحرم كما مر فى الحيض، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر ، فان طلقت طاهراً و بقى من زمن طهرها شىء انقضت عدتها بالطعن فى حيضة ثالثة ، لأن بعض الطهر و إن قل يصدق عليه اسم قرء ، قال تعالى « الحج أشهر معلومات » وهو شهران و بعض الثالث ، أو طلقت فى حيض انقضت عدتها بالطعن فى حيضة رابعة ، ولا يحسب طهر من لم تحض قرءا بناء على أن الطهر هو المحتوش بين دمى حيض أو حيض ونفاس أو دمى نفاس كما صرح به المتولى ، وعدة مستحاضة غير متحيرة بأقرائها المردودة إليها ، وعدة متحيرة ثلاثة أشهر فى الحال ، لاشتمال كل شهر على طهر وحيض غالبا .

(و إن كانت) أى : المعتدة (صغيرة أو) كبيرة (آيسة) من الحيض (فعدتها ثلاثة أشهر) هلالية بأن انطبق الطلاق على أول الشهر ، قال تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » أى فعدتهن كذلك ، كما قاله أبو البقاء فى إعرابه ، وقوله تعالى « إن ارتبتم » معناه إن لم تعرفوا ما تعتد به التى يئست من ذوات الأقراء ، فان طلقت فى أثناء شهر كملته من الرابع ثلاثين يوما ، سواء أ كان الشهر تاما أم ناقصا .

تنبيه - من انقطع حيضها لعارض كرضاع أو نفاس أو مرض تصبر حتى تحيض فتعتد بالأقراء ، أو حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بالأشهر ، ولامبالاة بطول مدة الانتظار ، و إن انقطع لا لعلة تعرف ، فكالانقطاع لعارض على الجديد فتصبر حتى تحيض أو تيأس .

فائدة - قال بعض المتأخرين : و يتعين التفطن لتعليم جهلة الشهود هذه المسألة ، فانهم يزوجون منقطعة الحيض لعارض أو غيره قبل بلوغ سن اليأس ، و يسمونها بمجرد

وَالْمُطَلَّقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَعِدَّةُ الْأَمَةِ بِالْحَمْلِ كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ وَبِالْأَقْرَاءِ أَنْ تَعْتَدَّ بِقُرْأَيْنِ

الانقطاع آيسة ، ويكتفون بمضى ثلاثة أشهر ، ويستغربون القول بصبرها إلى بلوغ سن اليأس حتى تصير عجوزاً ، فليحذر من ذلك ، انتهى.

أى : لأن الأشهر إنما شرعت للتى لم تحض والآيسة ، وهذه غيرهما ، فلو حاضت من لم تحض من حرة وغيرها ، أو حاضت آيسة كذلك فى الأشهر اعتدت بالأقراء ، لأنها الأصل فى العدة ، وقد قدرت عليها قبل الفراغ من بدلها فتنتقل إليها كالمتيمم إذا وجد الماء فى أثناء التيمم ، فان حاضت بعدها الأولى لم يؤثر لأن حيضها حينئذ لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللائى لم يحضن ، أو الثانية فهى كآيسة حاضت بعدها ولم تنكح زوجا آخر فانها تعتد بالأقراء لتبين أنها ليست آيسة فان نكحت آخر فلا شىء عليها لانقضاء عدتها ظاهراً مع تعلق حق الزوج بها وللشروع فى المقصود كما إذا قدر المتيمم على الماء بعد الشروع فى الصلاة

والمعتبر فى اليأس يأس كل النساء بحسب ما بلغنا خبره ، لا طوف نساء العالم ، ولا يأس عشيرتها فقط ، وأقصاه اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون.

(والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها) لقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها » والمعنى فيه عدم اشتغال رحمها بما يوجب استبراءه

(وعدة الأمة) ومن فيها رق (بالحمل) أى بوضعه بشرط نسبته إلى ذى العدة حياً كان أوميتاً أومضغة (كعدة الحرة) فى جميع مامر فيها من غير فرق ، لعموم الآية الكريمة (و) عدتها (بالأقراء) عن فرقة طلاق أو فسخ ولو مستحاضة غير متحيرة (أن تعتد بقرأين) لأنها على النصف من الحرة فى كثير من الأحكام ، وإنما كملت القرء الثانى لتعذر تبعيضه كالطلاق ، إذ لا يظهر نصفه إلا بظهور كله ، فلا بد من الانتظار إلى أن يعود الدم ، فان عتقت فى عدة رجعة فكحرة ، فتكمل ثلاثة

وبِالشُّهُورِ عَنِ الْوَفَاةِ أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ ، وَعَنِ الطَّلَاقِ أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ ، فَإِنِ اعْتَدَّتْ بِشَهْرَيْنِ كَانَ أَوْلَى .

أقراء ، لأن الرجعية كالزوجة فى كثير من الأحكام ، فكأنها عتقت قبل الطلاق ، بخلاف ما إذا عتقت فى عدة بينونة لأنها كالأجنبية فكأنها عتقت بعد انقضاء العدة ، أما المتحيرة فهى إن طلقت أول الشهر فبشهرين ، وإن طلقت فى أثناء شهر والباقى أكثر من خمسة عشر حسب قرءاً فتكمل بعده بشهر هلالى ، وإلا لم يحسب قرءاً ، فتعتد بعده بشهرين هلاليين على المعتمد ، خلافا للبارزى فى اكتفائه بشهر ونصف (و) عدتها (بالشهور عن الوفاة) قبل الدخول أو بعده (أن تعتد بشهرين) هلاليين (وخمسة أيام) بلياليها ، ويأتى فى الانكسار مامر (و) عدتها (عن الطلاق) ومافى معناه مما تقدم (بشهر) هلالى (ونصف) شهر ، لإمكان التنصيف فى الأشهر ، وهذا هو الأظهر ، وقال المصنف من عند نفسه (فان اعتدت بشهرين كان أولى) أى لأنها تعتد فى الأقراء بقرءين ، ففى اليأس تعتد بشهرين بدلا عنهما ، قال بعض المتأخرين : ومالدعاه من الأولوية لم يقل به أحد من الأصحاب القائلين بالتنصيف ، ثم قال : وجملة مافى المسألة ثلاثة أقوال : أظهرها ما تقدم ، وثانيها وجوب شهرين ، والثالث وجوب ثلاثة أشهر ، فالخلاف فى الوجوب ، فان أراد الأولوية من حيث الاحتياط على القول الراجح فالاحتياط إنمايكون بالقول الثالث ، ولم يقولوا به أيضا ، انتهى ، وقديقال : إن المصنف قد اطلع على ذلك فى كلامهم ، ولا شك أن الاحتياط بالشهرين أولى من الاقتصار على شهر ونصف ، وإن كان بالثلاثة أولى ، ويراعى الأول الوجه الضعيف فيجعله من باب الاحتياط .

تتمة — لو طلق زوجته وعاشرها بلا وطء فى عدة أقراء ، أو أشهر ، فان كانت بائنا انقضت عدتها بما ذكر ، وإن كانت رجعية لم تنقض عدتها بذلك ، وإن طالت المدة ، ولا رجعة له بعد الأقراء أو الأشهر ، وإن لم تنقض بذلك العدة ، ويلحقها الطلاق

(فَصْلٌ) وَيَجِبُ لِلْمُعْتَدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ، وَيَجِبُ لِلْبَائِنِ السُّكْنَى دُونَ النَّفَقَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الْإِحْدَادُ

ولو طلق زوجته الأمة وعاشرها سيدها كان كما لو عاشرها الزوج ، ففيه التفصيل المار ، وأما غير الزوج والسيد فكمُعاشرة البائن فتنقضى عدتُها بما ذكر .

(فصل) فيما يجب للمعتدة ، وعليها

سواء أكانت بائنا أم رجعية

وقد بدأ بالقسم الثانى فقال : (وللمعتدة الرجعية) ولو حائلا أو أمة (السكنى والنفقة) والكسوة وسائر حقوق الزوجية ، إلا آلة التنظيف ، لبقاء حبس النكاح وسلطنته ، ولهذا يسقط بنشوزها .

ثم شرع فى القسم الأول فقال : (وللبائن) الحائل بخلع أو ثلاثة فى غير نشوز (السكنى دون النفقة) والكسوة ، لقوله تعالى «أسكنوهن من حيث سكنتم» فلاسكنى لمن أبانها ، ناشزة أو نشزت فى العدة ، إلا إن عادت إلى الطاعة كما فى الروضة ، ثم استثنى من ذلك قوله (إلا أن تكون) البائن (حاملا) بولد يلحق الزوج ، فيجب لها من النفقة بسبب الحمل على أظهر القولين ما كان سقط عند عدمه ، إذا توافقا على الحمل ، أو شهد به أربع نسوة ، مالم تنشز فى العدة ، فان نشزت فيها سقط ما وجب لها ، بناء على الأظهر المتقدم ، وخرج بقيد البائن المعتدة عن وفاة ، فلا نفقة لها و إن كانت حاملاً ، لخبر « ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة » رواه الدارقطنى باسناد صحيح ، ولأنها بانت بالوفاة ، والقريبُ تسقط مؤنته بها ، و إنما لم تسقط فيما لو توفى بعد بينونتها لأنها وجبت قبل الوفاة ، فاغتفر بقاؤها فى الدوام ، لأنه أقوى من الابتداء

(و) يجب (على المتوفى عنها زوجها) ولو أمة (الإحداد) لخبر الصحيحين

وَهُوَ : الْامْتِنَاعُ مِنَ الزِّينَةِ

« لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » أى فيحل لها الإحداد عليه : أى يجب ، لِلإجماع على إرادته ، والتقييد بايمان المرأة جرى على الغالب ، لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد ، وعلى ولى صغيرة ومجنونة منعهما مايمنع منه غيرهما ، وسن لمفارقة واورجعية ، ولا يجب لأنها إن فورقت بطلاق فهى مجفوة به ، أو بفسخ فالفسخ منها ، أو لمعنى فيها ، فلايليق بها فيهما إيجاب الإحداد ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ، وماذكر من أن الرجعية يسن لها ذلك هو ما نقله فى الروضة وأصلها عن أبى نور عن الشافعى ، ثم نقل عن بعض الأصحاب أن الأولى لها أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها .

(وهو) أى الإحداد — من « أحدَّ » ويقال فيه « الحداد » من حدَّ — لغة : المنعُ ، واصطلاحا (الامتناع من الزينة) فى البدن بحلى من ذهب أو فضة سواء كان كبيرا كالخلخال والسوار أو صغيرا كالخاتم والقرط ، لماروى أبو داود والنسائى باسناد حسن أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس الحلى ، ولا تكتحل ، ولا تختضب » وإنما حرم ذلك لأنه يزيد فى حسنها كما قيل :

وما الحلى إلا زينة لنقيصة ... يتمم من حسن إذا الحسن قصرا

فاما إذا كان الجمال موفرا ... كحسنك لم يحتج إلى أن يزوّرا

وكذا اللؤلؤ يحرم التزين به فى الأصح لأن الزينة فيه ظاهرة ، أو بثياب مصبوغة لزينة ، لحديث أبى داود باسناد حسن « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ، ولا الحلى ، ولا تختضب ، ولا تكتحل » والممشقة المصبوغة بالمشق وهى — بكسر الميم — المغرة ، بفتحها ، ويقال : طين أحمر يشبهها ، ويباح لبس غير مصبوغ من قطن وصوف وكتان وإن كان نفيسا وحريرا إذا لم تحدث به زينة ، ويباح مصبوغ لا يقصد

لزينة كالأسود وكذا الأزرق والأخضر المشبعان الكدران ، لأن ذلك لا يقصد للزينة بل لنحو حمل وسخ أو مصيبة ، فان تردد بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق ، فان كان براقا صافى اللون حرم لأنه مستحسن يتزين به ، أوكدرا أو مشبعا فلا لأن المشبع من الأخضر والأزرق يقارب الأسود ، وخرج بقيد البدن تجميل فراش وهو ماترقد أوتقعد عليه من نطع ومرتبة ووسادة ونحوها ، وتجميل أثاث وهو بفتح الهمزة ومثلثتين متاع البيت ، فيجوز ذلك ، لأن الإحداد فى البدن لا فى الفراش ونحوه ، وأما الغطاء فالأشبه أنه كالثياب ليلا ونهارا وإن خصه الزركشى بالنهار (و) الامتناع من استعمال (الطيب) فى بدن أوثوب ، لخبر الصحيحين عن أم عطية « كنا ننهى أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، وأن نكتحل ، وأن نتطيب ، وأن نلبس ثوبا مصبوغا » ويحرم أيضا استعمال الطيب فى طعام وكحل غير محرم قياسا على البدن ، وضابط الطيب المحرم عليها : كل ماحرم على المحرم ، ولكن يلزمها إزالة الطيب الكائن معها حال الشروع فى العدة ولا فدية عليها فى استعماله ، بخلاف المحرم فى ذلك ، واستثنى استعمالها عند الطهر من الحيض ، وكذا من النفاس كما قاله الأذرعى وغيره ، قليلا من قسط أو أظفار وهما نوعان من البخور ، ويحرم عليها دهن شعر رأسها ولحيتها إن كانت لها لحية ، لما فيه من الزينة ، واكتحالها بإثمد وإن لم يكن فيه طيب ؛ لحديث أم عطية المار ، لأن فيه جمالا وزينة ، وسواء فى ذلك البيضاء وغيرها ، أما اكتحالها بالأبيض كالتوتياء فلا يحرم إذلا زينة فيه ، وأما الأصفر — وهو الصبر — فيحرم على السوداء ، وكذا على البيضاء على الأصح ، لأنه يحسن العين ، ويجوز الاكتحال بالإثمد والصبر لحاجة كرمد فتكتحل ليلا وتمسحه نهارا لأنه صلى الله عليه وسلم « أذن لأم سلمة فى الصبر ليلا » نعم إن احتاجت إليه نهارا أيضا جاز ، وكذا يحرم عليها طلى الوجه باسفيذاج والدمام وهو كما فى المهمات بكسر الدال المهملة وبميمين بينهما ألف مايطلى به الوجه للتحسين

وَعَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَالْمَبْتُوتَةِ مُلَازَمَةُ الْبَيْتِ

المسمى بالحمرة التى يورد بها الخدم ، والاختضاب بحناء ونحوه فيما يظهر من بدنها كالوجه واليدين والرجلين ، ويحرم تطريف أصابعها ، وتصفيف شعر طرتها ، وتجعيد شعر صدغيها ، وحشو حاجبيها بالكحل ، وتدقيقه بالحف .

تنبيه — قدم علم من تفسير الإحداد بما ذكر جواز التنظيف بغسل رأس وقلم أظفار واستحداد ونتف شعر إبط وإزالة وسخ ولوظاهرا ، لأن جميع ذلك ليس من الزينة : أى الداعية إلى الوطء ، وأما إزالة الشعر المتضمن زينة كأخذ ما حول الحاجبين وأعلى الجبهة فتمتنع منه كما بحثه بعضهم ، وهوظاهر ، وأما إزالة شعر لحية أوشارب نبت لها فيسن إزالته كما قاله النووى فى شرح مسلم ، ويحل امتشاط بلا ترجيل بدهن ونحوه ، و يجوز بسدر ونحوه ، ويحل لها أيضا دخول حمام إن لم يكن فيه خروج محرم .

ولو تركت المحدة المكلفة الإحداد الواجب عليها كل المدة أو بعضها عصت إن علمت حرمة الترك ، وانقضت عدتها مع العصيان ، ولو بلغها وفاة زوجها أو طلاقه بعد انقضاء العدة كانت منقضية ولا إحداد عليها .

ولها إحداد على غير زوج ثلاثة أيام فأقل ، وتحرم الزيادة عليها بقصد الإحداد ، فلو تركت ذلك بلاقصد لم تأثم .

وخرج بالمرأة الرجل فلا يجوز له الإحداد على قريبه ثلاثة أيام ؛ لأن الإحداد إنما شرع للنساء لنقص عقلهن المقتضى عدم الصبر .

(و) يجب (على المتوفى عنها زوجهاو) على (المبتوتة) أى المقطوعة عن النكاح ببينونة صغرى أو كبرى إذ البت القطع (ملازمة البيت) أى الذى كانت فيه عند الفرقة بموت أو غيره وكان مستحقا للزوج لائقابها ، لقوله تعالى «لاتخرجوهن من بيوتهن» أى بيوت أزواجهن ، و إضافتها إليهن للسكنى « ولايخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة»

إِلاَّ لِحَاجَةٍ .

قال ابن عباس وغيره : الفاحشة المبينة هى أن تبذو على أهل زوجها ، وليس للزوج ولا لغيره إخراجها ، ولا لها خروج منه وإن رضى به الزوج ، إلا لعذر كما سيأتى ، لأن فى العدة حقا لله تعالى ، والحق الذى لله تعالى لا يسقط بالتراضى ، وخرج بقيد المبتوته الرجعية فان للزوج إسكانها حيث شاء فى موضع يليق بها ، وهذا مافى حاوى الماوردى والمهذب وغيرهما من كتب العراقيين ، لأنها فى حكم الزوجة ، وبه جزم النووى فى نكته ، والذى فى النهاية — وهو مفهوم كلام المنهاج كأصله — أنها كغيرها ، وهو مانص عليه فى الأم كما قاله ابن الرفعة وغيره ، وهو كما قال السبكى أولى ، لإطلاق الآية ، وقال الأذرعى إنه المذهب المشهور ، والزركشى إنه الصواب ، ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلا عن الاستمتاع فليست كالزوجة ، ثم استثنى من وجوب ملازمة البيت قوله (إلا لحاجة) أى فيجوز لها الخروج فى عدة وفاة وطء بشبهة ونكاح فاسد وكذا بائن ومفسوخ نكاحها ، وضابط ذلك : كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج فى النهار لشراء طعام وقطن وكتان وبيع غزل ونحوه للحاجة إلى ذلك ، أما من وجبت نفقتها من رجعية أو بائن حامل أو مستبرأة فلا تخرج إلا باذن أو ضرورة كالزوجة ، لأنهن مكتفيات بنفقة أزواجهن ، وكذا لها الخروج لذلك ليلا إن لم يمكنها نهارا ، وكذا إلى دار جارتها لغزل وحديث ونحوهما للتأنس ، لكن بشرط أن ترجع وتبيت فى بيتها .

تنبيه — اقتصر المصنف على الحاجة إعلاما بجوازه للضرورة من باب أولى كأن خافت على نفسها تلفا أو فاحشة أو خافت على مالها أو ولدها من هدم أو غرق فيجوز لها الانتقال للضرورة الداعية إلى ذلك ، وعلم من كلامه كغيره تحريم خروجها لغير حاجة ، وهو كذلك ، كخروجها لزيارة وعيادة واستنماء مال تجارة ونحو ذلك .

(فَصْلٌ) وَمَنِ اُسْتَحْدَثَ مِلْكَ أَمَةٍ

تتمة — لو أحرمت بحج أو قران باذن زوجها أو بغير إذنه ثم طلقها أو مات ، فان خافت الفواتَ لضيق الوقت جاز لها الخروج معتدة لتقدم الإحرام ، وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك لما فى تعيين الصبر من مشقة مصابرة الإحرام ، وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج سواء أخافت الفوات أم لا ، فاذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقى وقته ، وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودَمُ الفوات ، ويكترى الحاكم من مال مطلق لامسكن له مسكنا لمعتدته لتعتد فيه إن فقد متطوع به ، فان لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم ، فان أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكترى المسكن من مالها جاز وترجع به ، فان فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظر ، فان قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع ، وإن قدرت وأشهدت رجعت .

(فصل) فى الاستبراء

هو بالمد لغةً : طلبُ البراءة ، وشرعا : تربص الأمة مدةً بسبب حدوث ملك اليمين أو زواله أو حدوث حل كالمكاتبةِ والمرتدة لمعرفة براءة الرحم أو للتَّعبد .

وهذا الفصل مُقدم فى بعض النسخ على الذى قبله ، وموضعه هنا أنسب ، وخص هذا بهذا الاسم لأنه قدر بأقل مايدل على براءة الرحم من غير تكرر وتعدد ، وخص التربص بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقا من العدد

والأصل فى الباب ما سيأتى من الأدلة .

(ومن استحدث) أى حدث له (ملك أمة) ولو ممن لايمكن جماعه كالمرأة والصبى ولو مستبرأة قبل ملكه ، بشراء أو إرث أو هبة أو رد بعيب أو إقالة أو تحالف أو قبول

حَرُم عَلَيْهِ الاِسْتِمْتَاعُ بِهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا : إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ بِحَيْضَةٍ

وصية أو سبى أو نحو ذلك (حرُمَ عليه) فيما عدا المسبية (الاسْتمتاع بها) بكل نوع من أنواعه حتى النظر بشهْوةٍ (حتى يستبرئها) بما سيأتى لاحتمال حملَها .

أما المسبية التى وقعت فى سهمه من الغنيمة فيحل له منهـا غير وطء من أنواع الاستمتاعات ، لمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حَيْضة » وقاس الإمام الشافعى رضى الله تعـالى عنه غير المسبية عليها بجامع حدوث الملك ، وأخذ من الإطلاق فى المسبية أنه لا فرق بين البكر وغيرها ، وألحقت من لم تحض أو أيست بمن تحيض فى اعتبار قدر الحيض والطهر غالباً ، وهو شهر كما سيأتى .

ولمـا روى البيهقى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال : وقعت فى سهمى جارية من سبى جَلُولاء فنظرت إليها فاذا عنُقَها مثل إبريق الفضة ، فلم أتمالك أن قبلتها والناس ينظرون ، ولم ينكر على أحد من الصحابة .

وجَلُولاء - بفتح الجيم والمد - قرية من نواحى فارس ، والنسبة إليها جلولى على غير قياس ، فُتحت يوم اليرموك سنة سبع عشرة من الهجرة ، فبلغت غناءمها ثمانية عشر ألف ألف .

وفارقت المسبية غيرها بأن غايتها أن تـكون مستولدة حربى ، وذلك لا يمنع الملك ، وإنما حرم وطؤها صيانة لمائه لئلا يختلط بمـاء حربى ، لا لحرمة ماء الحربى ، ثم (إن كانت) أى الأمة التى يجب استبراؤها (من ذوات الحيض) فاستبراؤها يحصل (بحيضة) واحدة بعد انتقالها إليه فى الجديد للخبر السابق ، فلا يكفى بقية الحيضة التى وجد السبب فى أثنائها ، وتنتظر ذات الأقراء الكاملة إلى سن اليأس كالمعتدة ، وإنما لم يكتف ببقية

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الشُّهُورِ بِشَهْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الحَمْلِ بِالْوَضْعِ

الحيضة كما اكتفى ببقية الطُّهر فى العدة لأن بَقية الطُّهر تستعقب الحيضة الدالة على البراءة ، وهذا يستعقب الطهر ، ولا دلالة له على البراءة (و إن كانت من ذوات الشهور) لصغر أو يأس فاستبراؤها يحصل (بشهر) فقط ، فانه كقرء فى الحرة فكذا فى الأمة ، والمُتحيرةُ تستبرأ بشهر أيضا (و إن كانت من ذوات الحمل) ولو من زنا فاستبراؤها يحصل (بوضعه) لعموم الحديث السابق ، ولأن المَقصود معرفة براءة الرحم ، وهى حاصلة بذلك

تنبيه — لو مضى زمن استبراء على أمة بعد الملك وقبل القبض حسب زمنه إن ملكها بارث لأن الملك بذلك مقبوض حكما ، و إن لم يحصل القبض حسا ، بدليل صحة بيعه ، وكذا إن ملكت بشراء ونحوه من المعاوضات بعد لزومها لأن الملك لازم ، فأشبه ما بعد القبض ، أما إذا جرى الاستبراء فى زمن الخيار فانه لا يعتد به لضعف الملك ، ولو وهبت له وحصل الاستبراء بعد عقدها وقبل القبض لم يعتد به ، لتوقف الملك فيها على القبض ، ولو اشترى أمة مجوسية أو نحوها كمرتدة فحاضت أو وجد منها ما يحصل به الاستبراء من وضع حمل أو مضى شهر لغير ذات الأقراء ثم أسلمت بعد انقضاء ذلك أو فى أثنائه لم يكف هذا الاستبراء فى الأصح ، لأنه لا يستعقب حل الاستمتاع الذى هو القصد فى الاستبراء :

فروع — يجب الاستبراء فى مكاتبة كتابة صحيحة فسختها بلا تعجيز أو عجزت بتعجيز السيد لها عند عجزها عن النجوم لعود ملك التمتع بعد زواله ، فأشبه ما لو باعها ثم اشتراها ، أما الفاسدة فلا يجب الاستبراء فيها كما قاله الرافعى فى بابه ، وكذا يجب استبراء أمة مرتدة عادت إلى الإسلام لزوال ملك الاستمتاع ثم إعادته ، فأشبه تعجيز المكاتبة ، وكذا لو ارتد السيد ثم أسلم فانه يلزمه الاستبراء أيضا ، لما ذكر ، ولو زوج السيد

وَ إِذَا مَاتَ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ اُسْتُبْرِأَتْ نَفْسَهَا كَالْأَمَةِ .

أمته ثم طلقها الزوج قبل الدخول وجب الاستبراء لما مر ، و إن طلقها بعد الدخول فاعتدت لم يدخل الاستبراء فى العدة بل يلزمه أن يستبرئها بعد انقضاء عدتها ، ولا يجب استبراء أمة حلت من حيض ونفاس وصوم واعتكاف و إحرام لأن حرمتها بذلك لا تخل بالملك بخلاف الكتابة والردة ، ولو اشترى زوجته الأمة استحب له استبراؤها ليتميز ولد الملك من ولد النكاح لأنه بالنكاح ينعقد الولد رقيقاً ثم يعتق فلا يكون كفؤا لحرة أصلية ولا تصير به أم ولد ، و بملك اليمين ينعكس الحكم .

(و إذا مات سيد أم الولد) أو أعتقها وهى خالية من زوج أو عدة (استبرأت نفسها) وجوباً (كالأمة) على حكم التفصيل المتقدم فيها ، فلو كانت فى نكاح أو عدة وقت موت السيد أو عتقه لها لم يلزمها استبراء على المذهب ، لأنها ليست فراشاً للسيد بل للزوج ، فهى كغير الموطوءة ، ولأن الاستبراء لحل الاستمتاع ، وهما مشغولتان بحق الزوج ، ولو أعتق مستولدته فله نكاحها بلا استبراء فى الأصح ، كما يجوز له أن ينكح المعتدة منه لأن الماء لواحد .

تتمة — لو وطىء أمةً شريكان فى حيض أو طهر ثم باعاها أو أرادا تزويجها أو وطىء اثنان أمة رجل كل يظنها أمته وأراد الرجل تزويجها وجب استبراآن كالعدتين من شخصين ، ولو باع جارية لم يقر بوطئها فظهر بها حمل وادعاه فالقول قول المشترى بيمينه أنه لا يعلمه منه ، وثبت نسب البائع على الأوجه من خلاف فيه ، إذ لا ضرر على المشترى فى المالية ، والقائل بخلافه علله بأن ثبوته يقطع إرث المشترى بالولاء ، فان أقر بوطئها و باعها نظر ، فان كان ذلك بعد استبرائها فأتت بولد لدون ستة أشهر من استبرائها منه لحقه و بطل البيع لثبوت أمية الولد ، و إن ولدته لستة أشهر فأ كثر فالولد مملوك للمشترى إن لم يكن وطئها ، و إلا فان أمكن كونه منه بأن ولدته لستة أشهر فأ كثر من

(فَصْلٌ) وَإِذَا أَرْضَعَتِ المَرْأَةُ بِلَبَنِهَا وَلَدًا صَارَ الرَّضِيعُ وَلَدَهَا

وطئه لحقه وصارت الأمة مستولدة له ، وإن لم يكن استبرأها قبل البيع فالولد له إن أمكن كونه منه ، إلا إن وطئها المشترى وأمكن كونه منهما ، فتعرض على القائف ، ولو زوج أمته فطلقت قبل الدخول ، وأقرت للسيد بوطئها ، فولدت ولداً لزمن يحتمل كونه منهما لحق السيد عملا بالظاهر ، وصارت أم ولد للحكم بلحوق الولد بملك اليمين .

﴿ فصل ﴾ فى الرضاع

هو — بفتح الراء ، ويجوز كسرها ، و إثبات التاء معهما — لغة : اسم لمص الثدى وشرب لبنه ، وشرعا : اسم لحصول لبن امرأة أو ماحصل منه فى معدة طفل أو دماغه .
والأصل فى تحريمه قبل الإجماع الآية والخبر الآتيان .

وأركانه ثلاثة : مرضع ، ورضيع ، ولبن .

وقد شرع فى الركن الأول فقال : (وإذا أرضعت المرأة) أى الآدمية ، خلية كانت أو مزوجة ، الحية حياة مستقرة ، حال انفصال لبنها ، بلغت تسع سنين قمرية ، تقريباً ، وإن لم يحكم ببلوغها بذلك (بلبنها) ولو متغيراً عن هيئة انفصاله عن الثدى بحموضة أو غيرها . ثم أشار إلى الركن الثانى بقوله : (ولداً صار الرضيع ولدها) من الرضاع

فخرج بالمرأة ثلاثة أمور :

أحدها : الرجل ، فلا تثبت حرمة بلبنه على الصحيح ، لأنه ليس معداً للتغذية ، فلم يتعلق به التحريم كغيره من المائعات ، لكن يكره له ولفرعه نكاح من ارتضعت منه ، كما نص عليه فى الأم والبويطى .

بِشَرْطَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ لَهُ دُونَ الحَوْلَيْنِ

ثانيها : الخنثى المشكل ، والمذهب توقفه إلى البيـان ، فان بانت أنوثته حرم ، وإلا فلا ، ولو مات قبله لم يثبت التحريم ، فللرضيع نكاح أم الخنثى ونحوها كما نقـله الأذرعى عن المتولى .

ثالثها : البهيمة ، فلو ارتضع صغيران من شاة مثلا لم يثبت بينهما أخوة ، فتحل منا كحتهما ، لأن الأخوة فرع الأمومة ، فاذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع

وخرج بآدمية - ولو عبر بها بدل المرأة كما عبر به الشافعى رضى الله تعالى عنه لـكان أولى - الجنية إن تصور إرضاعها بناء على عدم صحة منا كحتهم وهو الراجح ، لأن الرضاع تلو النسب ، بدليل « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » والله تعالى قطع النسب بين الجن والإنس ، وبالحية لبن الميتة فانه لا يحرم لأنه من لبن جثة منفكة من الحل والحرمة كالبهيمة خلافا للأئمة الثلاثة ، وباستكمال تسع سنين تقريبا ما لو ظهر لصغيرة دون ذلك لبن وارتضع به طفل فلا يثبت به تحريم ، ولو حلب لبن المرأة المذكورة قبل موتها وأوجر الطفل حرم لانفصاله منها فى الحياة .

ثم أشار إلى ما يشترط فى الرضيع بقوله : (بشرطين) وترك ثالثا ورابعا كما ستراه (أحدهما : أن يكون له دون الحولين) لخبر « لا رضاع إلا ما كان فى الحولين » رواه الدارقطنى وغيره ، فان بلغهما وشرب بعدهما لم يحرم ارتضاعه ، قال فى الروضة : ويعتبر الحولان بالأهلة ، فان انـكسر الشهر الأول تمم العدد ثلاثين يوما من الشهر الخامس والعشرين ، وذلك لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » جعل الله سبحانه وتعالى إتمام الرضاع فى الحولين ، فأفهم بأن الحـكم بعد الحولين بخلافه .

تنبيه — ابتداء الحولين من تمام انفصال الرضيع كما فى نظائره ، فان ارتضع قبل

وَالثَّانِي أَنْ تُرْضِعَهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ

تمامه لم يؤثر ، وظاهر كلام المصنف أنه لو تم الحولان فى الرضعة الخامسة حرم ، وهو المذهب كما فى التهذيب ، وجرى عليه ابن المقرى ، و إن كان ظاهر نص الأم وغيره عدم التحريم ، لأن ما يصل إلى الجوف فى كل رضعة غير مقدر ، كما قالوا : لو لم يحصل فى جوفه إلا خمس قطرات فى كل رضعة قطرة حرم .

(و) الشرط (الثانى : أن ترضعه خمس رضعات) لما روى مسلم عن عائشة رضى الله عنها « كان فيما أنزل الله فى القرآن : عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » أى يتلى حكمهن ، أو يقرأهن من لم يبلغه النسخ ، وقيل : تكفى رضعة واحدة ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك ، والخمس رضعات ضبطهن بالعرف ، إذ لا ضابط لها فى اللغة ولا فى الشرع فرجع فيها إلى العرف كالحرز فى السرقة ، فما قضى بكونه رضعة أو رضعات اعتبر ، والإفلا ، ولا خلاف فى اعتبار كونها (متفرقات) عرفا ، فلو قطع الرضيع الارتضاع بين كل من الخمس إعراضا عن الثدى تعدد عملا بالعرف ، ولو قطعت عليه المرضعة لشغل وأطالته ثم عاد تعدد كما فى أصل الروضة ، لأن الرضاع يعتبر فيه فعل المرضعة والرضيع على الانفراد ، بدليل ما لو ارتضع على امرأة نائمة أو أوجرته لبنا وهو نائم ، و إذا ثبت ذلك وجب أن يعتد بقطعها كما يعتد بقطعه ، ولو قطعه للهو أو نحوه كنومة خفيفة أو تنفس أو ازدراد ما جمعه من اللبن فى فمه وعاد فى الحال لم يتعدد ، بل الكل رضعة واحدة ، فان طال لهوه أو نومه فإن كان الثدى فى فمه فرضعة والإفرضعتان ، ولو تحول الرضيع بنفسه أو بتحويل المرضعة فى الحال من ثدى إلى ثدى أو قطعته المرضعة لشغل خفيف ثم عادت لم يتعدد حينئذ ، فان لم يتحول فى الحال تعدد الإرضاع ، ولو حلب منها لبنا دفعة و وصل إلى جوف الرضيع أو دماغه بإيجار أو إسعاط أو غير ذلك خمس مرات أو حلب منها خمسا

وَيَصِيرُ زَوْجُهَا أَبًا لَهُ ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضَعِ التَّزْوِيجُ إِلَيْهَا وَإِلَى كُلِّ مَنْ نَاسَبَهَا

وأوجره الرضيع دفعة فرضعة واحدة فى الصورتين ، اعتبارا فى الأولى بحالة الانفصال من الثدى ، وفى الثانية بحال وصوله إلى جوفه دفعة واحدة ، ولوشك فى رضيع هل رضع خمسا أو أقل أوهل رضع فى حولين أو بعدهما ؟ فلا تحريم لأن الأصل عدم ماذكر ، ولايخفى الورع .

والشرط الثالث : وصول اللبن فى الخمس إلى المعدة ، فلو لم يصل إليها فلاتحريم ، ولووصل إليها وتقايأه ثبت التحريم .

والشرط الرابع : كون الطفل حيا كما فى الروضة ، فلا أثر للوصول إلى معدة الميت ،

واعلم أن الحرمة تنتشر من المرضعة والفحل إلى أصولها وفروعهما وحواشيهما . ومن الرضيع إلى فروعه فقط ، إذا علمت ذلك و وجدت الشروط المذكورة فتصير المرضعة بذلك أمه (و يصير زوجها) الذى ينسب إليه الحمل بنكاح أو وطء شبهة (أباله) لأن الرضاع تابع للنسب ، أمامن لم ينسب إليه الحمل كالزانى ، فلايثبت به حرمة من جهته ، وتنتشر الحرمة من الرضيع إلى أولاده فقط ، سواء كانوا من النسب أم من الرضاع ، فلا تسرى الحرمة إلى آبائه و إخوته ، فلأبيه وأخيه نكاح المرضعة و بناتها ، ولزوج المرضعة أن يتزوج بأم الطفل وأخيه ، ويصير آباء المرضعة من نسب أورضاع أجدادا للرضيع ، لمامر من أن الحرمة تنتشر إلى أصولها ، وتصير أمهاتها من نسب أو رضاع جداته لما مر ، وأولادها من نسب أو رضاع إخوته وأخواته ، لما مر من أن الحرمة تنتشر إلى فروعهما ، وتصير إخوتها وأخواتها من نسب أو رضاع أخواله أو خالاته لمامر من أن الحرمة تسرى إلى حواشيهما .

و إذا علمت ذلك فيمتنع عليه أن يتزوج بها كما يشير إلى ذلك قوله (ويحرم على المرضع) بفتح الضاد اسم مفعول (التزويج إليها) أى المرضعة لأنها أمه من الرضاعة فتحرم عليه بنص القرآن (و) تنتشر الحرمة (إلى كل من ناسبها) أى من انتسبت إليه أو

وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ إِلَى الْمُرْضَعِ وَوَلَدِهِ ، دُونَ مَنْ كَانَ فِى دَرَجَتِهِ أَوْ أَعْلَى طَبَقَةً مِنْهُ .

انتسب إليها من الفروع .

تنبيه — كان الأولى أن يقول « إلى كل من تنتمى إليه أو ينتمى إليها بنسب أورضاع » لمامر من الضابط .

(ويحرم عليها) أى المرضعة (التزيج إليه) أى الرضيع لأنه ولدها ، وهذا معلوم ، لكن ذكره المصنف توضيحا للمبتدى ليفيد أن الحرمة المنتشرة منها ليست كالحرمة المنتشرة منه ، فان الحرمة التى منها منتشرة إلى ماتقدم بيانه ، والحرمة التى منه منتشرة إليه (و) إلى (ولده) الذكر و إن سفل من نسب أورضاع ، لأنهم أحفادها (دون من كان فى درجته) أى الرضيع كأخيه فلايحرم عليها تزويجه لمامر من أن الحرمة لاتنتشر إلى حواشيه ، وعطف المصنف على الجملة المنفية قوله (أو أعلى) أى ودون من كان أعلى (طبقة منه) أى الرضيع كآبائه ، فلايحرم عليها تزويج أحد أبويه ، لمامر أن الحرمة لاتنتشر إلى آبائه ، وتقدم فى فصل محرمات النكاح مايحرم بالنسب والرضاع فارجع إليه .

تتمة — لوكان لرجل خمس مستولدات أوله أربع نسوة دخل بهن وأم ولد فرضع طفل من كل رضعة ولو متواليا صار ابنه ، لأن لبن الجميع منه ، فيحرمن على الطفل لأنهن موطوآت أبيه ، ولو كان لرجل بدل المستولدات بنات أو أخوات فرضع طفل من كل رضعة فلاحرمة بين الرجل والطفل ، لأن الجدودة للأم فى الصورة الأولى والخؤولة فى الصورة الثانية إنمايثبتان بتوسط الأمومة ولا أمومة هنا ، و يثبت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وبأربع نسوة لاختصاص النساء بالاطلاع عليه غالبا ، هذا إذا كان الإرضاع من الثدى ، أما إذا كان بالشرب من إناء أوكان بايجار فلاتقبل فيه شهادة النساء المتمحضات

لأنهن لااختصاص لهن بالاطلاع عليه ، وأما الإقرار بالإرضاع فلابد فيه من رجلين لاطلاع الرجال عليه غالبا .

﴿ فصل ﴾ فى نفقة القريب ، والرقيق ، والبهائم .

وجمعها المصنف فى هذا الفصل لتناسبها : فى سقوط كل منها بمضى الزمان ، ووجوب الكفاية من غير تقدير .

ثم شرع فى القسم الأول — وهو نفقة القريب ، والمراد به الأصل والفرع — فقال: (ونفقة الوالدين) من ذكور و إناث الأحرار (و) نفقة (المولودين) كذلك بخفض ماقبل علامة الجمع فيهما ، كل منهما (واجبة) على الفروع للأصول وبالعكس بشرطه الآتى .

والأصل فى الأول من جهة الأب والأم قوله تعالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفا» ومن المعروف القيام بكفايتهما عند حاجتهما ، وخبر « أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وولده من كسبه ، فكلوا من أموالهم» رواه الحاكم وصححه ، قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن نفقة الوالدين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة فى مال الولد ، والأجداد والجدات ملحقون بهما إن لم يدخلوا فى عموم ذلك ، كما ألحقوا بهما فى العتق بالملك وعدم القود ورد الشهادة وغيرها .

وفى الثانى قوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » إذ إيجاب الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضى إيجاب مؤنتهم ، وقوله صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه الشيخان ، والأحفاد ملحقون بالأولاد إن لم يتناولهم إطلاق ما تقدم .

ولا يضر فيما ذكر اختلاف الدين ، فيجب على المسلم منهما نفقة الكافر المعصوم

لِلْوَالِدِينَ وَالمَوْلُودِينَ، فَأَمَّا الْوَالِدُونَ فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمْ بِشَرْطَيْنِ : الْفَقْرِ وَالزَّمَانَةِ، أَوْ الْفَقْرِ وَالْجُنُونِ ، وَأَمَّا المَوْلُودُونَ فَتَجِبُ

وعكسه ، لعموم الأدلة ، ولوجوب الموجب - وهو البعضية - كالعتق ، ورد الشهادة

فان قيل : هلاّ كان ذلك كالميراث .

أجيب بأن الميراث مبنى على المناصرة ، وهى مفقودة عند اختلاف الدين

وخرج بالأصول والفروع غيرهما من سائر الأقارب كالأخ والأخت والعم والعمة ، وبالأحرار الأرقاء ، فان لم يكن الرقيق مبعضاً ولا مكاتباً فان كان منفقا عليه فهى على سيده ، وإن كان منفقا فهو أسوأ حالا من المعسر ، والمعسر لا تجب عليه نفقة قريبه ،

وأما المبعض فان كان منفقا فعليه نفقة تامة لتمام ملكه فهو كحر الكل ، وإن كان منفقا عليه فتُبَعَّض نفقته على القريب والسيد بالنسبة لما فيه من رق وحرية

وأما المكاتب فان كان منفقا عليه فلا يلزم قريبه نفقته لبقاء أحكام الرق عليه بل نفقته من كسبه فان عجز نفسه فعلى سيده ، وإن كان منفقا فلا تجب عليه ، لأنه ليس أهلا للمواساة

وخرج بالمعصوم غيره من مرتد وحربى فلاتجب نفقته إذ لاحرمة له

ثم ذكر المصنف شرطين آخرين بقوله : (فأما الوالدون فتجب نفقتهم) على الفروع (بشرطين) أى بأحد شرطين : (الفقر والزّمانة) وهى — بفتح الزاى — الابتلاء والعاهة (أو الفقر والجنون) لتحقق الاحتياج حينئذ ، فلا تجب للفقراء الأصحاء ولا للفقراء العقلاء ، إذا كانوا ذوى كسب ، لأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال ، فان لم يكونوا ذوى كسب وجبت نفقتهم على الفرع على الأظهر فى الروضة وزوائد المنهاج ، لأن الفرع مأمور بمعاشرة أصله بالمعروف ، وليس منها تكليفه الكسب مع كبر السن ، وكما يجب الإعفاف ويمتنع القصاص .

ثم ذكر شروطاً زيادة على ما تقدم فى المولودين بقوله : (وأما المولودون فتجب

نَفَقَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ : الْفَقْرِ وَالصِّغَرِ ، أَوِ الْفَقْرِ وَالزَّمَانَةِ ، أَوِ الْفَقْرِ وَالْجُنُونِ ،

نفقتهم) على الأصول (بثلاثة شرائط) أى بواحد منها (الفقر والصغر) لعجزهم (أو الفقر والزمانة ، أو الفقر والجنون) لتحقق احتياجهم ، فلا تجب للبالغين إن كانوا ذوى كسب قطعاً ، وكذا إن لم يكونوا على المذهب ، وسواء فيه الابن والبنت كما قاله فى الروضة .

تنبيه — لم يتعرض المصنف لاشتراط اليسار فيمن تجب عليه منهما لوضوحه والمعتبر فى نفقة القريب الكفاية لقوله صلى الله عليه وسلم « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأنها تجب على سبيل المواساة ، لدفع الحاجة الناجزة ، ويعتبر حاله فى سنه وزهادته ورغبته ، ويجب إشباعه كما صرح به ابن يونس ، ويجب له الأدم كما يجب له القوت ، ويجب له مؤنة خادم إن احتاجه مع كسوة وسكنى لائقين به وأجرة طبيب وثمن أدوية ، والنفقة وماذكر معها إمتاع تسقط بمضى الزمان ، وإن تعدى المنفق بالمنع لأنها وجبت لدفع الحاجة الناجزة وقد زالت ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة ، وحيث قلنا بسقوطها لاتصير دينا فى ذمته إلا باقتراض قاض بنفسه أو مأذونه لغيبة أو منع أو نحو ذلك ، كما لو نفى الأبُ الولدَ فأنفقت عليه أمه ثم استلحقه ، فإن الأم ترجع عليه بالنفقة ، وكذا لو لم يكن هناك حاكم واستقرضت الأم عن الأب وأشهدت فعليه قضاء ما استقرضته ، أما إذا لم تُشهد فلا رجوع لها ، ونفقة الحامل لا تسقط بمضى الزمان ، وإن جعلنا النفقة للحمل ، لأن الزوجة لما كانت هى التى تنتفع بها فكانت كنفقتها ، وللقريب أخذ نفقته من مال قريبه عند امتناعه إن وجد جنسها ، وكذا إن لم يجده فى الأصح ، وله الاستقراض إن لم يجد له مالا وعجز عن القاضى ، ويرجع إن أشهد كجد الطفل المحتاج وأبوه غائب مثلاً ، وللأب والجد أخذ النفقة من مال فرعهما الصغير أو المجنون بحكم الولاية ، ولهما إيجاره لها لما يطيقه من الأعمال ، ولا تأخذها الأم من ماله إذا وجبت نفقتها عليه ، ولا الابن من مال أصله المجنون ، فيولى القاضى الابن

الزمن إجارة أبيه المجنون إذا صلح لصنعة لنفقته ، و يجب على الأم إرضاع ولدها اللبأ وهو — بهمز وقصر — اللبن النازل أول الولادة ، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً ، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به ، ثم بعد إرضاعه اللبأ إن لم يوجد إلا الأم أو أجنبية وجب على الموجود منهما إرضاعه إبقاء للولد ، ولها طلب الأجرة من ماله إن كان ، و إلا فمن تلزمه نفقته ، و إن وجدت الأم والأجنبية لم تجبر الأم و إن كانت فى نكاح أبيه على إرضاعه ، لقوله تعالى « و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى » و إن امتنعت حصل التعاسر ، فان رغبت فى إرضاعه وهى منكوحة أبى الرضيع فليس له منعها مع وجود غيرها كما صححه الأكثرون ، لأن فيه إضراراً بالولد ، لأنها عليه أشفق ، ولبنها له أصلح ، ولا تزاد نفقتها للارضاع و إن احتاجت فيه إلى زيادة الغذاء ، لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها .

ثم شرع فى القسمين الآخرين — وهما نفقة الرقيق والبهائم — بقوله : (ونفقة الرقيق والبهائم واجبة بقدر الكفاية) أما الرقيق فلخبر « للمملوك طعامه وكسوته ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » فيكفيه طعاماً وأدما ، وتعتبر كفايته فى نفسه زهادة ورغبة و إن زادت على كفاية مثله غالبا ، وعليه كفايته كسوة وكذا سائر مؤنه ، و يجب على السيد شراء ماء طهارته إن احتاج إليه ، وكذا شراء تراب تيممه إن احتاج ، ونص فى المختصر على وجوب إشباعه ، و إن كان رقيقه كسوبا أو مستحقا منافعه بوصية أو غيرها أو أعمى أو زمنا أو مدبراً أو مستولدة أو مستأجراً أو معاراً أو آبقا ، لبقاء الملك فى الجميع ، ولعموم الخبر السابق ، نعم المكاتب ولو فاسد الكتابة لا يجب له شىء من ذلك على سيده لاستقلاله بالكسب ، ولهذا تلزمه نفقة أرقائه ، نعم إن عجز نفسه ولم يفسخ السيد الكتابة فعليه نفقته ، وهى مسألة عزيزة النقل فاستفدها ، وكذا الأمة المزوجة حيث أوجبنا نفقتها على الزوج ، ولا يجب على المالك الكفاية المذكورة من جنس

. . . .

طعامه وكسوته ، بل من غالب قوت رقيق البلد من قمح وشعير ونحو ذلك ، ومن غالب أدمهم من نحو سمن وزيت ، ومن غالب كسوتهم من نحو قطن وصوف ، لخبر الشافعى « للمملوك نفقته وكسوته بالمعروف » قال : والمعروف عندنا المعروف لمثله ببلده ، ويراعى حال السيد فى يساره وإعساره ، وينفق عليه الشريكان بقدر ملكيهما ، ولا يكتفى بستر العورة لرقيقه وإن لم يتأذ بحر ولا برد ، لما فيه من الإذلال والتحقير ، هذا ببلادنا كما قاله الغزالى وغيره ، وأما ببلاد السودان ونحوها فله ذلك كما فى المطلب ، وتسقط كفاية الرقيق بمضى الزمان ، فلا تصير ديناً عليه إلا باقتراض القاضى أو إذنه فيه واقترض ، كنفقة القريب بجامع وجوبها بالكفاية ، ويبيع القاضى فيها ماله إن امتنع أو غاب لأنه حق واجب عليه ، فان فقد المال أمره القاضى ببيعه أو إجارته أو إعتاقه دفعا للضرر ، فان لم يفعل آجره القاضى ، فان لم تتيسر إجارته باعه ، فان لم يشتره أحد أنفق عليه من بيت المال

وأما غير الرقيق من البهائم جمع بهيمة سميت بذلك لأنها لا تتكلم ، وهى كما قاله الأذرعى : كل ذات أربع من دواب البر والبحر ، انتهى ، وفى معناها كل حيوان محترم ، فيجب عليه علفها وسقيها لحرمة الروح ، ولخبر الصحيحين « دخلت امرأة النار فى هرة حبستها لا هى أطعمتها ولا هى أرسلتها تأكل من خشاس الأرض » بفتح الخاء وكسرها : أى هوامها ، والمراد بكفاية الدواب وصولها لأول الشبع والرى ، دون غايتهما ، وخرج بالمحترم غيره كالفواسق الخمس فلا يلزمه علفها ، بل يخليها ، ولا يجوز له حبسها لتموت جوعا لخبر « إذا قتلتم فأحسنوا القتلة » فان امتنع المالك مما ذكر وله مال أجبره الحاكم فى الحيوان المأكول على أحد ثلاثة أمور : بيع أو نحوه مما يزول ضرره به ، أو علف ، أو ذبح ، وأجبره فى غيره على أحد أمرين : بيع ، أو علف ، ويحرم ذبحه للنهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله ، فان لم يفعل ما أمره الحاكم به ناب عنه

وَلَا يُكَلَّفُونَ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُونَ

فى ذلك على ما يراه و يقتضيه الحال ، فان لم يكن له مال باع الحاكم الدابة أو جزءا منها أو أكراها عليه ، فان تعذر ذلك فعلى بيت المال كفايتها .

(ولا يكلفون) أى لا يجوز لمالك الرقيق والبهائم أن يكلفهم (من العمل ما لا يطيقون) الدوامَ عليه ، لورود النهى عنه فى الرقيق فى صحيح مسلم ، وهو للتحريم ، وقيس عليه البهائم بجامع حصول الضرر ، قال فى الروضة : لا يجوز للسيد تكليف رقيقهِ من العمل إلا ما يطيق الدوامَ عليه ، فلا يجوز له أن يكلفه عملا يقدر عليه يوما أو يومين ثم يعجز عنه ، وقال أيضا : يحرم عليه تكليفه الدابة ما لا تطيقه من ثقل الحمل و إدامة السير وغيرهما ، وقال فى الزوائد : يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه يوما أو نحوه كما سبق فى الرقيق .

تتمة — لا يحلب المالك من لبن دابته ما يضر ولدها لأنه غذاؤه كولد الأمة ، و إنما يحلب ما فضل عن رى ولدها ، وله أن يعدل به إلى لبن غير أمه إن استمرأه ، و إلا فهو أحق بلبن أمه ، ولا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة لقلة علفها ، وترك الحلب أيضا إذا كان يضرها ، فان لم يضرها كره للاضاعة ، و يسن أن لا يستقصى الحالب فى الحلب ، بل يديم فى الضرع شيئا ، وأن يقص أظفاره لئلا يؤذيها ، و يحرم جز الصوف من أصل الظهر ونحوه ، وكذا حلقه ، لما فيهما من تعذيب الحيوان ، قاله الجوينى ، ويجب على مالك النحل أن يبقى له شيئا من العسل فى الكوارة بقدر حاجته إن لم يَكفهِ غيره ، و إلا فلا يجب عليه ذلك ، قاله الرافعى ، وقد قيل : يشوى له دجاجة و يعلقها بباب الكوارة فيأكل منها ، وعلى مالك دود القز علفه بورق التوت أو تخليته لأكله لئلا يهلك بغير فائدة ، و يباع فيه ماله كالبهيمة ، و يجوز تجفيفه بالشمس عند حصول نوله و إن هلك لحصول فائدته كذبح الحيوان المأكول ، وخرج

وَنَفَقَةُ الزَّوْجَةِ المُمَكِّنَةِ مِنْ نَفْسِهَا وَاجِبَةٌ

بما فيه روح ما لا روح فيه كقناة ودار لا يجب على المالك عمارتهما لأن ذلك تنمية للمال ولا يجب على الإنسان ذلك ، ولا يكره تركها إلا إذا أدى إلى الخراب ، فيكره له .

﴿ فصل ﴾ فى النفقة

والنفقة على قسمين : نفقة تجب للانسان على نفسه إذا قدر عليها ، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ، ونفقة تجب على الإنسان لغيره ، قال الشيخان : وأسباب وجوبها ثلاثة : النكاح ، والقرابة والملك ، وأورد على الحصر فى هذه الثلاثة صور : منها الهدى والأضحية المنذوران ، فان نفقتهما على الناذر والمهدى مع انتقال الملك فيهما للفقراء ، ومنها نصيب الفقراء بعد الحول وقبل الإمكان ، تجب نفقته على المالك ، وقدم المصنف القسمين الأخيرين

ثم شرع فى القسم الأول بقوله : (ونفقة الزوجة الممكنة من نفسها واجبة) بالتمكين التام لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وأخبار كخبر « اتقوا الله فى النساء ، فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم ، ولأنها سلمت ماملك عليها ، فيجب مايقابله من الأجرة لها ، والمراد بالوجوب استحقاقها يوما بيوم كما صرحوا به ، ولو حصل التمكين فى أثناء اليوم فالظاهر وجوبها بالقسط ، وهل التمكين سبب أو شرط ؟ فيه وجهان أوجههما الثانى ، فلا تجب بالعقد لأنه يوجب المهر وهو لا يوجب عوضين مختلفين ولأنها مجهولة والعقد لا يوجب مالا مجهولا ، ولأنه صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله تعالى عنها وهى بنت ست سنين ، ودخل بها بعد سنتين ، ولم ينقل أنه أنفق عليها قبل الدخول ، ولو كان حقا لها لساقه إليها ، ولو وقع لنقل ، فان لم تعرض عليه زوجته مدة مع سكوتها عن طلبها

وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ : إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُوسِراً فَمُدَّانِ مِنْ غَالِبِ قُوتِهَا ، وَيَجِبُ مِنَ الْأُدْمِ

ولم تمتنع فلانفقة لها لعدم التمكين ، ولو عرضت عليه وهى بالغة عاقلة مع حضوره فى بلدها كأن بعثت إليه تخبره « إنى مسلمة نفسى إليك فاختر أن آتيك حيث شئت أو تأتى إلى » وجبت نفقتها من حين بلوغ الخبر له ، لأنه حينئذ مقصر ، فان غاب عن بلدها قبل عرضها عليه ورفعت الأمر إلى الحاكم مظهرة له التسليم كتب الحاكم لحاكم بلد الزوج فيعلمه الحال فيجىء أو يوكل ، فان لم يفعل شيئا من الأمرين ومضى زمن إمكان وصوله فرضها القاضى فى ماله من حين إمكان وصوله ، والعبرة فى زوجة مجنونة ومراهقة عرض وليهما على أزواجهما لأن الولى هو المخاطب بذلك ، ولو اختلف الزوجان فى التمكين فقالت : مكنت فى وقت كذا ، فانكر ، ولا بينة ، صدق بيمينه لأن الأصل عدمه

(وهى) أى نفقة الزوجة (مقدرة) على الزوج بحسب حاله ، ثم (إن كان الزوج) حرا (موسرا فمدان) عليه لزوجته ولو أمة وكتابية من الحب (من غالب قوتها) أى غالب قوت بلدها من حنطة وشعير أو تمر أو غيرها ، حتى يجب الأقط فى حق أهل البوادى والقرى الذين يعتادونه ؛ لأنه من العشرة بالمعروف المأمور بها ، وقياساً على الفطرة والكفارة ، فالتعبير بالبلد جرى على الغالب (و) يجب لها مع ذلك (من الأدم) ما جرت به العادة من أدم غالب البلد كزيت وشيرج وسمن وزبد وتمر وخل ، لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » وليس من المعاشرة بالمعروف تكليفها الصبر على الخبز وحده ، إذ الطعام غالبا لايساغ إلا بالأدم ، قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » : الخبز والزيت ، وقال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : الخبز والسمن ، ويختلف قدر الأدم بالفصول الأربعة ، فيجب لها فى كل فصل مايعتاده الناس من الأدم ، قال الشيخان : وقد تغلب

وَالْكُسْوَةِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ

الفاكهة فى أوقاتها فتجب ، ويقدر الأدم عند تنازع الزوجين فيه قاض باجتهاده ؛ إذ لا توقيف فيه من جهة الشرع ، ويفاوت فى قدره بين موسر وغيره فينظر فى جنس الأدم وما يحتاج إليه المد فيفرضه على المعسر ويضاعفه للموسر ويوسطه فيهما للمتوسط ، ويجب لها عليه لحم يليق بيساره وتوسطه وإعساره كعادة البلد ، ولو كانت عادتها أن تأكل الخبز وحده وجب لها عليه الأدم ولا نظر لعادتها لأنه حقها

(و) يجب لها عليه من (الكسوة) لفصلى الشتاء والصيف (ماجرت به العادة) لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولما روى الترمذى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث « وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » ولابد أن تكون الكسوة تكفيها ، للاجماع على أنه لا يكفى ماينطلق عليه الاسم ، وتختلف كفايتها بطولها وقصرها وسمنها وهزالها وباختلاف البلاد فى الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره ، ولكنهما يؤثران فى الجودة والرداءة ، ولا فرق بين البدوية والحضرية ، ويجب لها عليه فى كل ستة أشهر قميص وسراويل وخمار ومكعب ، ويزيد الزوج زوجته على ذلك فى الشتاء جبة محشوة قطنا أو فروة بحسب العاده لدفع البرد ، ويجب لها أيضا توابع ذلك من كوفية للرأس وتكة للباس وزر للقميص والجبة ونحوهما ، وجنس الكسوة من قطن لأنه لباس أهل الدين ، وما زاد عليه ترفه ورعونة ، فان جرت عادة البلد لمثل الزوج بكتان أو حرير وجب مع وجوب التفاوت فى مراتب ذلك الجنس بين الموسر وغيره عملا بالعادة ، ويجب لها عليه ماتقعد عليه كزلية أولبد فى الشتاء أوحصير فى الصيف ، وهذا لزوجة المعسر ، أما زوجة الموسر فيجب لها نطع فى الصيف وطنفسة فى الشتاء وهى بساط صغير ثخين له وبرة كبيرة ، ويجب لها عليه فراش للنوم غير ماتفرشه نهارا للعادة

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَمُدٌّ مِنْ غَالِبِ قُوتِ الْبَلَدِ ، وَمَا يَأْتَدِمُ بِهِ الْمُعْسِرُونَ وَيُكْسَوْنَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُتَوَسِّطاً فَمُدٌّ وَنِصْفٌ ، وَمِنَ الْأُدْمِ وَالْكُسْوَةِ الْوَسَطُ

الغالبة ، و يجب لها عليه مخدة ولحاف ، أو كساء فى الشتاء فى بلد بارد ، وملحفة بدل اللحاف أو الكساء فى الصيف .

(و إن كان) الزوج (معسرا فمد) واحد من غالب قوت محلها كما مر (و) يجب لها مع ذلك (ما يتأدم به المعسرون و يكسونه) قدرا وجنسا على ما مر بيانه .

(و إن كان) الزوج حرا (متوسطا) بين اليسار والإعسار (فمد ونصف) أى ونصف مد من غالب قوت محلها كما مر (و) يجب لها عليه مع ذلك (من الأدم) قدرا وجنسا على مامر بيانه (و) من (الكسوة الوسط) فى كل منهما على مامر بيانه[1] .

واحتجوا لأصل التفاوت بقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » واعتبر الأصحاب[2] النفقة بالكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع و يستقر فى الذمة ، وأكثر ما وجب فى الكفارة لكل مسكين مدان ، وذلك فى كفارة الأذى فى الحج ، وأقل ما وجب له مد فى نحو كفارة الظهار ، فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان لأنه قدر الموسر ، وعلى المعسر الأقل وهومد لأن المد الواحد يكتفى به الزهيد ويقنع به الرغيب ، وعلى المتوسط مابينهما لأنه لوألزم المدين لضره ولوا كتفى منه بمد لاضرها ، فلزمه مد ونصف .

والمعسر هنا : مسكين الزكاة ، لكن قدرته على الكسب لا تخرجه عن الإعسار فى النفقة ، و إن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين فى الزكاة ، ومَنْ فوق المسكين إن كان لو كلف إنفاق مدين رجع مسكينا فمتوسط ، و إن لم يرجع مسكينا فموسر ،

---

(١) اعلم أن الكسوة يختلف جنسها باليسار والإعسار ، ولا يختلف قدرها بذلك ، وإن كان يختلف باختلاف المكان ، وأما الأدم فيختلف باليسار والإعسار جنسه وقدره ، والذى سبق له بيانه بعض ذلك ، لا كله ، فتدبر

(٢) الاعتبار ههنامعناه القياس .

. . . .

ويختلف ذلك بالرخص والغلاء وقلة العيال وكثرتهم، أما من فيه رق ولو مكاتبا ومبعضا وإن كثر ماله فمعسر، لضعف ملك المكاتب ونقص حال المبعض وعدم ملك غيرهما.

ولو اختلف قوت البلد ولا غالب فيه، أو اختلف الغالب وجب لائق بالزوج، لا بها، فلو كان يأكل فوق اللائق به تكلفا لم يكلف ذلك، أو دونه بخلا أو زهداً وجب اللائق به، ويعتبر اليسار وغيره من توسط وإعسار بطلوع الفجر فى كل يوم اعتباراً بوقت الوجوب، حتى لو أيسر بعده أو أعسر لم يتغير حكم نفقة ذلك اليوم، هذا إذا كانت ممكنة حين طلوع الفجر، أما الممكنة بعده فيعتبر الحال عقب تمكينها، وعليه تمليكها الطعام حبا سليما، وعليه مؤنة طحنه وعجنه وخبزه ببذل مال، أو يتولى ذلك بنفسه أو بغيره، فان غلب غير الحب كتمر ولحم وأقط فهو الواجب ليس غير، لكن عليه مؤنة اللحم ومايطبخ به كما قاله الرافعى، ولو طلب أحدهما بدل الحب خبزاً أو قيمته لم يجبر الممتنع منهما، لأنه غير الواجب، فان اعتاضت عما وجب لها نقدا أو غيره من العروض جاز، لاخبزاً ودقيقاً ونحوهما من الجنس، فلا يجوز لما فيه من الربا، ولو أكلت مع الزوج على العادة سقطت نفقتها على الأصح، لجريان العادة به فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وبعده من غير نزاع ولا إنكار، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده، إلا أن تكون الزوجة غير رشيدة كصغيرة أو سفيهة بالغة، ولم يأذن فى أكلها معه وليها، فلا تسقط نفقتها بأكلها معه، ويكون الزوج متطوعا.

ويجب للزوجة على زوجها آلة تنظيف من الأوساخ التى تؤذيها، وذلك كمشط ودهن يستعمل فى ترجيل شعرها، وما يغسل به الرأس من سدر أو خطمى على حسب العادة ومرتك ونحوه لدفع صنان إذا لم يندفع بدونه كماء وتراب، ولا يجب لها عليه كحل ولا طيب ولا خضاب ولا ما تتزين به، فان هيأه لها وجب عليها استعماله، ولا يجب لها عليه دواء مرض ولا أجرة طبيب وحاجم ونحو ذلك كفاصد وخاتن، لأن

وَإن كَانَتْ مِمَّنْ يُخْدَمُ مِثْلُهَا فَعَلَيْهِ إخْدَامُهَا

ذلك لحفظ الأصل ، ويجب لها طعام أيام المرض وأدمها لأنها محبوسة عليه ، ولها صرفه فى الدواء ونحوه ، ويجب لها أجرة حمام بحسب العادة إن كان عادتها دخوله للحاجة إليه عملا بالعرف ، وذلك فى كل شهر مرة كما قاله الماوردى ، لتخرج من دنس الحيض الذى يكون فى كل شهر مرة غالباً ، وينبغى - كما قال الأذرعى - أن ينظر فى ذلك لعادة مثلها ، وتختلف باختلاف البلاد حراً وبرداً ، ويجب لها ثمن ماء غسل جماع ونفاس من الزوج إن احتاجت لشرائه ، لا ماء غسل من حيض واحتلام ، إذ لا صنعُ منه ، ويجب لها آلات أكل وشرب وآلة طبخ كقدر وقصعة وكوز وجرة ونحو ذلك مما لا غنى لها عنه كمغرفة وما تغسل فيه ثيابها ، ويجب لها عليه تهيئة مسكن ، لأن المطلقة يجب لها ذلك لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم » فالزوجة أولى ، ولا بد أن يكون المسكن يليق بها عادة ، لأنها لا تملك الانتقال منه ، ولا يشترط فى المسكن كونه ملكه .

(وإن كانت) تلك الزوجة (ممن يخدم مثلها) بأن كانت ممن تخدم فى بيت أبيها لكونها لا يليق بها خدمة نفسها (فعليه إخدامها) لأنه من المعاشرة بالمعروف ، وذلك إما بحرة أو أمة له أولها أو مستأجرة أو بالإنفاق على من صحبتها من حرة أو أمة لخدمة لحصول المقصود بجميع ذلك ، وسواء فى وجوب الإخدام موسر ومتوسط ومعسر ومكاتب وعبد كسائر المؤن ، لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، فان أخدمها الزوج بحرة أو أمة بأجرة فليس عليه غير الأجرة ، وإن أخدمها بأمته أنفق عليها بالملك ، وإن أخدمها بمن صحبتها حرة كانت أو أمة لزمه نفقتها وفطرتها .

فائدة — الخادم يطلق على الذكر والأنثى ، وفى لغة قليلة يقال للأنثى : خادمة .

وجنس طعام الخادم جنس طعام الزوجة ، وقد مر ، وهو مد على المعسر جزما ، وعلى المتوسط على الأصح قياسا على المعسر ، وعلى الموسر مد وثلث على النص ،

. . . .

وأقرب ماقيل فى توجيهه أن نفقة الخادم على المتوسط مد ، وهو ثلثا نفقة المخدومة ، والمدو الثلث على الموسر وهو ثلثا نفقة المخدومة .

ويجب للخادم أيضاً كسوة تليق بحاله ولو على متوسط ومعسر ، ولا يجب له سراويل ، لأنه للزينة وكمال الستر ، ويجب له الأدم لأن العيش لا يتم بدونه وجنسه جنس أدم المخدومة ، ولكن نوعه دون نوعه على الأصح ، ومن تخدم نفسها فى العادة ليس لها أن تتخذ خادماً وتنفق عليه من مالها إلا باذن زوجها كما فى الروضة وأصلها ، فان احتاجت حرة كانت أو أمة إلى خدمة لمرض بها أو زمانة وجب إخدامها لأنها لا تستغنى عنه ، فأشبهت من لا يليق بها خدمة نفسها ، بل أولى ، لأن الحاجة أقوى مما نقص من المروءة ، ولا إخدام حال الصحة لزوجة رقيقة الكل أو البعض لأن العرف أن تخدم نفسها ، وإن كانت جميلة .

تنبيه — يجب فى المسكن والخادم إمتاع لا تمليك ، لأنه لا يشترط كونهما ملكه ، ويجب فيما يستهلك لعدم بقاء عينه كطعام وأدم تمليك ، وتتصرف فيه الحرة ما شاءت أما الأمة فانما يتصرف فى ذلك سيدها ، فلو قترت بعد قبض نفقتها بما يضرها منعها زوجها من ذلك ، وما دام نفعه مع بقاء عينه ككسوة وفرش وظروف طعام وشراب وآلات تنظيف ومشط تمليك فى الأصح ، وتعطى الزوجة الكسوة أول فصل شتاء وأول فصل صيف لقضاء العرف بذلك ، هذا إذا وافق النكاح أول الفصل ، وإلا وجب إعطاؤها الكسوة فى أول كل ستة أشهر من حين الوجوب ، فان أعطاها الكسوة أول فصل مثلا ثم تلفت فيه بلا تقصير منها لم تبدل لأنه وفاها ما عليه كالنفقة إذا تلفت فى يدها ، فان مات أو أبانها بطلاق أو غيره أو ماتت فى أثناء فصل لم ترد ، ولو لم يكس الزوج مدة فدين عليه ، والواجب فى الكسوة الثياب لا قيمتها ، وعليه خياطتها ، ولها بيعها ، لأنها ملكها ، ولو لبست دونها منعها لأن له غرضاً فى تجميلها .

وَإِنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَتِهَا فَلَهَا فَسْخُ النِّكَاحِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْسَرَ بِالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ .

(و إن أعسر) الزوج (بنفقتها) المستقبلة لتلف ماله مثلا فان صبرت بها وأنفقت على نفسها من مالها أو مما اقترضته صار ديناً عليه ، و إن لم يفرضها القاضى كسائر الديون المستقرة ، فان لم تصبر (فلها فسخ النكاح) بالطريق الآتى ، لقوله تعالى « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فان عجز عن الأول تعين الثانى ، ولأنها إذا فسخت بالجب أو العنة فبالعجز عن النفقة أولى ، لأن البدن لا يقوم بدونها ، بخلاف الوطء ، أما لو أعسر بنفقة ما مضى فلا فسخ على الأصح ، ولا فسخ أيضاً بالإعسار بنفقة الخادم ، ولا بامتناع موسر من الإنفاق ، سواء أحضر أم غاب عنها لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم ، ولو حضر الزوج وغاب ماله فان كان غائباً بمسافة القصر فأكثر فلها الفسخ ، ولا يلزمها الصبر للضرر ، فان كان دون مسافة القصر فلا فسخ لها ويؤمر باحضاره بسرعة ، ولو تبرع شخص بها عن زوج معسر لم يلزمها القبول ، بل لها الفسخ لما فيه من المنة ، نعم لو كان المتبرع أبا أوجداً والزوج تحت حَجْره وجب عليها القبول ، وقدرة الزوج على الكسب كالقدرة على المال ، و إنما تفسخ الزوجة بعجز الزوج عن نفقة معسر ، فلو عجز عن نفقة موسر أو متوسط لم تفسخ لأن نفقته الآن نفقة معسر فلا يصير الزائد ديناً عليه ، والإعسار بالكسوة كالإعسار بالنفقة ، إذ لابد منها ، ولا يبقى البدن بدونها غالباً ، ولا تفسخ باعساره عن الأدم والمسكن ، لأن النفس تقوم بدونهما بخلاف القوت (وكذلك) يثبت لها خيار الفسخ (إن أعسر بالصداق قبل الدخول) للعجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض ، فأشبه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشترى بالفلس والمبيع باق بعينه ، ولا تفسخ بعده لتلف المعوض وصيرورة العوض ديناً فى الذمة

تنبيه — لو قبضت بعض المهر قبل الدخول كما هو المعتاد وأعسر بالباقى كان

. . . .

لها الفسخ كما أفتى به البارزى ، وهو مقتضى كلام المصنف ، لصدق العجز عن المهر بالعجز عن بعضه ، و به صرح الجورى ، وقال الأذرعى : هو الوجه نقلا ومعنى ، انتهى ، وإن أفتى ابن الصلاح بأنه لافسخ إذ يلزم على إفتائه إجبار الزوجة على تسليم نفسها بتسليم بعض الصداق ، ولو أجبرت لاتخذ الأزواج ذلك ذريعة إلى إبطال حق المرأة من حبس نفسها بتسليم درهم واحد من صداق هو ألف درهم ، وهو فى غاية البعد

تتمة — لا فسخ باعسار زوج بشىء مما ذكر حتى يثبت عند قاض بعد الرفع إليه إعساره ببينة أو إقرار، فيفسخه بنفسه أونائبه بعد الثبوت ، أو يأذن لها فيه ، وليس لها مع علمها بالعجز الفسخ قبل الرفع إلى القاضى ، ولا بعده قبل الإذن فيه ، نعم إن عجزت عن الرفع إلى القاضى وفسخت نفذ ظاهرا و باطنا للضرورة ، ثم على ثبوت الفسخ باعسار الزوج بالنفقة يجب إمهاله ثلاثة أيام ، وإن لم يطلب الزوج الإمهال ، ليتحقق عجزه ، فانه قد يعجز لعارض ثم يزول ، وهى مدة قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أوغيره ولها خروج فيها لتحصيل نفقة مثلا بكسب أو سؤال ، وعليها رجوع لمسكنها ليلا لأنه وقت الدعة ، وليس لها منعه من التمتع ، ثم بعد الإمهال يفسخ القاضى أو هى باذنه صبيحة الرابع ، نعم إن لم يكن فى الناحية قاض ولا محكم ففى الوسيط لا خلاف فى استقلالها بالفسخ ، فان سلم نفقة اليوم الرابع فلا فسخ لتبين زوال ما كان الفسخ لأجله ، فان أعسر بعد ما سلم نفقة اليوم الرابع بنفقة اليوم الخامس بنت على المدة ولم تستأنفها ، كما لو أيسر فى الثالث ثم أعسر فى الرابع فانها تبنى ولا تستأنف ، ولو رضيت قبل النكاح أو بعده باعساره فلها الفسخ ؛ لأن الضرر يتجدد ، ولا أثر لقولها « رضيت به أبداً » لأنه وعد لا يلزم الوفاء به ، لا إن رضيت باعساره بالمهر ، فلافسخ لها ، لأن الضرر لا يتجدد .

وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ فَهِيَ أَحَقُّ بِحَضَانَتِهِ

(فصل) فى الحضانة

وهى — بفتح الحاء — لغةً : الضم ، مأخوذة من الِحضن — بكسرها — وهو الجنب ، لضم الحاضنةِ الطفلَ إليه

وشرعا : تربيةُ مَنْ لا يستقل بأموره بما يصلحه و يقيه عما يضره ولو كبيراً مجنوناً كأن يتعهده بغَسْل جسده وثيابه ودَهْنِهِ وكحله وربط الصغير فى المهد وتحريكه لينام

وهى نوع ولاية وسلطنة ، لكن الإناث أليق بها ، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها

وأولاهن أم كما قال (و إذا فارق الرجل زوجته) بطلاق أو فسخ أو لعان (وله منها ولد) لا يميز ذكراً كان أو أنثى أو خنثى (فهى أحق بحضانته) لوفور شفقتها ، ثم بعد الأم أمهات لها وارثات و إن علت ، تُقَدَّم القربى فالقربى ، فأمهات أب كذلك ، وخرج بالوارثات غيرهن وهى مَنْ أَدْلَتْ بذكر بين أنثيين كأم أبى أم ، فأخت لأنها أقرب من الخالة ، فخالة لأنها تدلى بالأم ، فبنت أخت ، فبنت أخ كالأخت مع الأخ ، فعمة ، وتُقَدَّم أخت وخالة وعمة لأبوين عليهن لأب لزيادة قرابتهن ، وتقدم أخت وخالة وعمة لأب عليهن لأم لقوة الجهة

فرع — لو كان للمحضون بنت قدمت فى الحضانة عند عدم الأبوين على الجدات ، أو زوج يمكن تمتعه بها قدم ذكرا كان أو أنثى على كل الأقارب ، والمراد بتمتعه بها وطؤه لها ، فلا بد أن تطيقه ، و إلا فلا تسلم إليه كما صرح به ابن الصلاح فى فتاويه ، وتثبت الحضانة لأنثى قريبة غير محرم لم تُدْلِ بذكر غير وارث كبنت خالة وبنت عمة ، ولذكر قريب وارث محرما كان كأخ أو غير محرم كابن عم لوفور شفقته

[إِلَى سَبْعِ سِنِينَ] ثُمَّ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ [فَأَيُّهُمَا أخْتَارَ سُلِّمَ إِلَيْهِ

وقوة قرابته بالإرث والولاية ، ويزيد المحرم بالمحرمية بترتيب ولاية النكاح ، ولا تسلم مشتهاة لغير محرم حذراً من الخلوة المحرمة ، بل تسلم لثقة يعينها هو كبنته ، و إن اجتمع ذكور و إناث قدمت الأم فأمهاتها ، و إن علت ، فأب فأمهاته و إن علا ، لما مر ، والأقرب فالأقرب من الحواشي ذكراً كان أو أنثى ، فان استويا قرباً قدمت الأنثى ، لأن الإناث أصبر وأبصر ، فان استويا ذكورة أو أنوثة قدم بقرعة مَنْ خرجت قرعته على غيره ، والخنثى هنا كالذكر ، فلا يقدم على الذكر ، فلو ادعى الأنوثة صدق بيمينه .

(ثم) المميز (يخير) ندباً (بين أبويه) إن صلحا للحضانة بالشروط الآتية ، ولو فضل أحدهما الآخر دينا أو مالا أو محبة (فأيهما اختار سلم إليه) لأنه صلى الله عليه وسلم « خير غلاما بين أبيه وأمه » رواه الترمذي وحسنه ، والغلامة كالغلام في الانتساب ولأن القصد بالكفالة الحفظ للولد ، والمميز أعرف بحفظه فيرجع إليه ، وسن التمييز غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا ، وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان ، والحكم مداره عليه ، لا على السن ، قال ابن الرفعة : ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار ، وإلا أخر إلى حصول ذلك ، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي ، ويخير أيضا بين أم و إن علت وجد أو غيره من الحواشي كأخ أو عم أو ابنه كالأب بجامع العصوبة كما يخير بين أب وأخت لغير أب أو خالة كالأم ، وله بعد اختيار أحدهما تحول للآخر ، و إن تكرر منه ذلك ، لأنه قد يظهر له الأمر على خلاف ماظنه ، أو يتغير حال مَنِ اختاره قبلُ ، نعم إن غلب على الظن أن سبب تكرره قلة تمييزه ترك عند من يكون عنده قبل التمييز ، فان اختار الأب ذكر لم يمنعه من زيارة أمه ، ولا يكلفها الخروج لزيارته ، لئلا يكون ساعياً في العقوق وقطع الرحم ، وهو أولى منها بالخروج

وَشَرَائِطُ الحَضَانَةِ سَبْعٌ : الْعَقْلُ ، وَالحُرِّيَّةُ ،

لأنه ليس بعورة ، وهل هذا على سبيل الوجوب أو الاستحباب ؟ قال فى الكفاية : الذى صرح به البندنيجى ودل عليه كلام الماوردى الأول ، ويمنع الأب أنثى إذا اختارته من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز ، والأم أولى منها بالخروج لزيارتها ، ولا تمنع الأم زيارة ولديها على العادة كيوم فى أيام لا فى كل يوم ، ولا يمنعها من دخولها بيته ، و إذا زارت لا تطيل المكث ، وهى أولى بتمر يضهما عنده لأنها أشفق وأهدى إليه ، هذا إن رضى به ، و إلا فعندها و يعودهما ، و يحترز فى الحالين عن الخلوة بها ، و إن اختارها ذكر فعندها ليلا وعنده نهاراً ليعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به لأن ذلك من مصالحه ، فمن أدب ولده صغيراً سر به كبيراً ، يقال : الأدب على الآباء والصلاح على الله تعالى ، أو اختارتها أنثى أو خنثى - كما بحثه بعضهم - فعندها ليلا ونهاراً لاستواء الزمنين فى حقها ، و يزورها الأب على العادة ، ولا يطلب إحضارها عنده ، و إن اختارهما مميز أقرع بينهما ، ويكون عند من خرجت قرعته منهما ، أو لم يختر واحداً منهما فالأم أولى ، لأن الحضانة لها ولم يختر غيرها .

(وشرائط) استحقاق (الحضانة سبعة) وترك ستة كما ستعرفه :

أولها : (العقل) فلا حضانة لمجنون و إن كان جنونه متقطعاً ، لأنها ولاية وليس هو من أهلها ، ولأنه لا يتأتى منه الحفظ والتعهد ، بل هو فى نفسه يحتاج إلى من يحضنه ، نعم إن كان يسيراً كيوم فى سنة كما فى الشرح الصغير لم تسقط الحضانة ، كمرض يطرأ و يزول .

(و) ثانيها : (الحرية) فلا حضانة لرقيق ولو مبعضا و إن أذن له سيده ، لأنها ولاية وليس من أهلها ، ولأنه مشغول بخدمة سيده ، و إنما لم يؤثر إذنه لأنه قد يرجع فيشوش أمر الولد ، و يستثنى ما لو أسلمت أم ولد الكافر فان ولدها يتبعها وحضانته لها إذا لم تنكح كما حكاه فى الروضة ، فى أمهات الأولاد ، والمعنى فيه كما فى المهمات فراغها

وَالدِّينُ ، وَالْعِفَّةُ ، وَالْأَمَانَةُ ، وَالْإِقَامَةُ ، وَالْخُلُوُّ مِنْ زَوْجٍ

لمنع السيد من قربانها ، ووفور شفقتها .

(و) ثالثها : (الدين) أى الإسلام ، فلا حضانة لكافر على مسلم ، إذ لا ولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه فى دينه ، فيحضنه أقاربه المسلمون على الترتيب المار ، فان لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون ، ومؤنته فى ماله ، فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، فان لم يكن فهو من محاويج المسلمين ، وينزع ندبا من الأقارب الذميين ولد ذمى وَصَفَ الإسلام ، وتثبت الحضانة للكافر على الكافر والمسلم على الكافر بالأولى لأن فيه مصلحة له .

(و) رابعها وخامسها : (العفة ، والأمانة) جمع المصنف بينهما لتلازمهما ، إذ العفة — بكسر المهملة — الكف عما لا يحل ولا يحمد ، قاله فى المحكم ، والأمانة ضد الخيانة ، فكل عفيف أمين ، وعكسه ، فلو عبر المصنف من الثالث إلى هنا بالعدالة لكان أخصر ، فلا حضانة لفاسق ، لأن الفاسق لا يلى ولا يؤتمن ، ولأن المحضون لاحظ له فى حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته ، وتكفى العدالة الظاهرة كشهود النكاح ، نعم إن وقع نزاع فى الأهلية فلا بد من ثبوتها عند القاضى .

(و) سادسها : (الإقامة) فى بلد الطفل ، بأن يكون أبواه معه مقيمين فى بلد واحد ، فلو أراد أحدهما سفراً لا لنقلة كحج وتجارة فالمقيم أولى بالولد ، مميزا كان أو لا ، حتى يعود المسافر ، لخطر السفر ، أو لنقلة فالعصبة من أب أو غيره ، ولو غير محرم ، أولى به من الأم ، حفظاً للنسب إن أمن خوفا فى طريقه ومقصده ، و إلا فالأم أولى ، وقد علم مما مر أنه لا تسلم مشتهاة لغير محرم كابن عم حذراً من الخلوة المحرمة ، بل لثقة ترافقه كبنته .

(و) سابعها : (الخلو) أى خلو الحاضنة (من زوج) لا حق له فى الحضانة ، فلا

فَإِنِ اُخْتَلَّ مِنْهَا شَرْطٌ سَقَطَتْ .

حضانة لمن تزوجت به و إن لم يدخل بها ، و إن رضى أن يدخل الولد داره ، لخبر أن امرأة قالت : يارسول الله ، إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حِواء ، وثديى له سِقاء ، و إن أباه طلقنى ، وزعم أنه ينزعه منى ، فقال « أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج ، فان كان له فيها حق كعم الطفل وابن عمه فلا يبطل حقها بنكاحه ، لأن من نكحته له حق فى الحضانة ، وشفقته تحمله على رعايته ، فيتعاونان فى كفالته .

وثامنها : أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل إن كان المحضون رضيعا ، فان لم يكن لها لبن أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كما هو ظاهر عبارة المنهاج ، وقال البلقينى : حاصله إن لم يكن لها لبن فلا خلاف فى استحقاقها ، و إن كان لها لبن وامتنعت فالأصح لا حضانة لها ، اه ، وهذا هو الظاهر .

وتاسعها : أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج إن عاق تألمه عن نظر المحضون ، بأن كان بحيث يشغله تألمه عن كفالته وتدبر أمره ، أو عن حركة من يباشر الحضانة ، فتسقط فى حقه دون من يدبر الأمور بنظره و يباشرها غيره .

وعاشرها : أن لا يكون أبرص ولا أجذم ، كما فى قواعد العلائى .

وحادى عشرها : أن لا يكون أعمى ، كما أفتى به عبد الملك بن إبراهيم المقدسى من أئمتنا ، وهو من أقران ابن الصباغ ، وأقره عليه جمع من محقق المتأخرين .

وثانى عشرها : أن لا يكون مغفلا ، كما قاله الجرجانى فى الشافى .

وثالث عشرها : أن لا يكون صغيراً ، لأنها ولاية ، وهو ليس من أهلها .

(فان اختل منها) أى من الشروط المذكورة (شرط) فقط (سقطت) حضانتها : أى لم تستحق حضانة كما تقرر ، نعم لو خالعها الأب على ألف مثلاوحضانة ولده الصغير

. . . .

سنة فلا يسقط حقها فى تلك المدة ، كما هو فى الروضة أواخر الخلع حكاية عن القاضى حسين معللا له بأن الإجارة عقد لازم ، ولو فقد مقتضى الحضانة ثم وجد كأن كملت ناقصة بأن أسلمت كافرة أو تابت فاسقة أو أفاقت مجنونة أو أعتقت رقيقة أو طلقت منكوحة بائنا أو رجعية على المذهب حضنت لزوال المانع ، وتستحق المطلقة الحضانة فى الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ، ولو غابت الأم أو امتنعت من الحضانة فللجدة أم الأم كما لو ماتت أو جنت ، وضابط ذلك : أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه ، وظاهر كلامهم عدم إجبار الأم عند الامتناع ، وهو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون ، فان وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال أجبرت كما قاله ابن الرفعة لأنها من جملة النفقة فهى حينئذ كالأب .

خاتمة — مامر إذا لم يبلغ المحضون ، فان بلغ : فان كان غلاما و بلغ رشيداً ولى أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله ، فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه ، والأولى أن لا يفارقهما ليبرهما ، قال الماوردى : وعند الأب أولى للمجانسة ، نعم إن كان أمرد وخيف عليه من انفراده ففى العدة عن الأصحاب أنه يمنع من مفارقة الأبوين ، ولو بلغ عاقلا غير رشيد فأطلق مطلقون أنه كالصبي ، وقال ابن كج : إن كان لعدم إصلاح ماله فكذلك ، و إن كان لدينه فقيل : تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر ، والمذهب أنه يسكن حيث شاء ، قال الرافعى : وهذا التفصيل حسن ، انتهى .

و إن كان أنثى : فان بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين ، و بينهما إن كانا مجتمعين ، لأنه أبعد عن التهمة ، ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بكراً ، هذا إذا لم تكن ريبة ، فان كانت فللأم إسكانها معها ، وكذا للولى من العصبة إسكانها معه إذا كان محرما لها ، و إلا ففى موضع لائق بها يسكنها و يلاحظها

دفعاً لعار النسب ، كما يمنعها نكاح غير الكفء ، وتجبر على ذلك ، والأمرد مثلها فيما ذكر ، كما مرت الإشارة إليه ، ويصدق الولى بيمينه فى دعوى الريبة ، ولا يكلف البينة ، لأن إسكانها فى موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة ، وإن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل المار

قال النووى فى نواقض الوضوء : حضانة الخنثى المشكل وكفالته بعد البلوغ لم أر فيه نقلا ، وينبغى أن يكون كالبنت البكر ، حتى يجىء فى جواز استقلاله وانفراده عن الأبوين إذا شاء وجهان ، انتهى ، ويعلم التفصيل فيه مما مر ، والله أعلم .

﴿ كتاب الجنايات ﴾

عبر بها دون الجراح لتشمله والقطع والقتل ونحوها ، مما يوجب حَدًّا أو تعزيرا ، وهو حسن .

وهى : جمع جناية ، وجمعت ـ وإن كانت مصدراً ـ لتَنَوُّعها كما سيأتى إلى عمد ، وخطأ ، وشبه عمد .

والأصل فى ذلك قبل الإجماع قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى » وأخبار كخبر الصحيحين « اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل : وما هن يارسول الله ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات » .

وقتلُ الآدمى عمداً بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر ، فقد سئل النبى صلى الله عليه وسلم : أى الذنب أعظم عند الله تعالى ؟ قال : « أن تجعل لله ندًّا وهو خلَقَكَ » قيل : ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك » رواه الشيخان ،

الْقَتْلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ : عَمْدٌ مَحْضٌ ، وَخَطَأٌ مَحْضٌ ، وَعَمْدُ خَطَإٍ ، فَالْعَمْدُ الْمَحْضُ هُوَ : أَنْ يَعْمِدَ إِلَى ضَرْبِهِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِباً وَيَقْصِدَ قَتْلَهُ بِذَلِكَ

وتصح توبة القاتل عمداً ، لأن الكافر تصح توبته فهذا أولى ، ولا يتحتم عذابه ، بل هو فى خطر المشيئة ، ولا يخلد عذابه إن عذب ، و إن أصر على ترك التوبة كسائر ذوى الكبائر غير الكفر ، وأما قوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها» فالمراد بالخلود المكث الطويل ، فان الدلائل تظاهرت على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم ، أو مخصوص بالمستحل كما ذكره عكرمه وغيره ، و إن اقتص منه الوارث أو عفا عنه على مال أو مجانا فظواهر الشرع تقتضى سقوط المطالبة فى الدار الآخرة كما أفتى به النووى ، وذكر مثله فى شرح مسلم .

ومذهب أهل السنة أن المقتول لا يموت إلا بأجله ، والقتل لايقطع الأجل ، خلافا للمعتزلة ، فانهم قالوا : القتل يقطعه .

ثم شرع فى تقسيم القتل بقوله : (القتل على ثلاثة أضرب : عمد محض ، وخطأ محض ، وعمد خطأ) وجه الحصر فى ذلك أن الجانى إن لم يقصد عين المجنى عليه فهو الخطأ ، و إن قصدها فان كان بما يقتل غالبا فهو العمد ، و إلا فشبه عمد ، كما تؤخذ هذه الثلاثة من قوله : (فالعمد المحض) أى الخالص هو (أن يعمِد) بكسر الميم أى يقصد (إلى ضربه) أى الشخص المقصود بالجناية (بما يقتل غالبا) كجارح ومُثَقَّل وسحر (و يقصد) بفعله (قتله بذلك) عدوانا ، من حيث كونه مزهقا للروح ، كما فى الروضة ، فخرج بقيد قصد الفعل ما لو زلقت رجله فوقع على غيره فمات فهو خطأ ، و بقيد الشخص المقصود ما لو رمى زيداً فأصاب عمراً فهو خطأ ، و بقيد الغالب النادر كما لو غرز إبرة فى فى غير مقتل ولم يعقبها ورم ومات فلا قصاص فيه ، و إن كان عدوانا ، و بقيد العدوان القتل الجائز ، و بقيد حيثية الإزهاق للروح ما إذا استحق حز رقبته قصاصا فقده

فَيَجِبُ الْقَوَدُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ وَجَبَتْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ حَالَّةٌ فى مَالِ الْقَاتِلِ

نصفين فلا قصاص فيه ، وإن كان عدوانا ، قال فى الروضة : لأنه ليس عدوانا من حيث كونه مزهقا ، وإنما هو عدوان من حيث إنه عدل عن الطريق .

فائدة — يمكن انقسام القتل إلى الأحكام الخمسة : واجب ، وحرام ، ومكروه ، ومندوب ، ومباح :

فالأول : قتل المرتد إذا لم يتب ، والحربى إذا لم يسلم أو يعطى الجزية . والثانى : قتل المعصوم بغير حق ، والثالث : قتل الغازى قريبه الكافر إذا لم يسب الله تعالى أو رسوله ، والرابع : قتله إذا سب أحدهما ، والخامس : قتل الإمام الأسير إذا استوت الخصال فانه يخير فيه ، وأما قتل الخطأ فلا يوصف بحلال ولا حرام ، لأنه غير مكلف فيما أخطأ فيه ، فهو كفعل المجنون والبهيمة .

(فيجب) فى القتل العمد لا فى غيره كما سيأتى (القَوَد) أى القصاص لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ الآية » سواء أمات فى الحال أم بعده بسراية جراحة ، وأما عدم وجوبه فى غيره فسيأتى ، وسمى القصاص قَوَداً لأنهم يقودون الجانى بحبل أو غيره إلى محل الاستيفاء ، وإنما وجب القصاص فيه لأنه بدل متلف فتعين جنسه كسائر المتلفات .

(فان عفا) المستحق (عنه) أى القود مجانا سقط ، ولا دية ، وكذا إن أطلق العفو لا دية على المذهب ، لأن القتل لم يوجب الدية ، والعفو إسقاط ثابت ، لا إثبات معدوم ، أو عفا على مال (وجبت دية مغلظة) كما ستعرفه فيما سيأتى (حَالَّة فى مال القاتل) وإن لم يرض الجانى ، لما روى البيهقى عن مجاهد وغيره « كان فى شرع موسى عليه السلام تحتم القصاص جزماً ، وفى شرع عيسى عليه السلام الدية فقط ، فخفف الله تعالى عن هذه الأمة وخيرها بين الأمرين » لما فى الإلزام بأحدهما من المشقة ، ولأن الجانى محكوم

وَالْخَطَأُ الْمَحْضُ أَنْ يَرْمِىَ إِلَى شَىْءٍ فَيُصِيبَ رَجُلاً فَيَقْتُلَهُ ، فَلاَ قَوَدَ عَلَيْهِ ، بَلْ تَجِبُ دِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ فِى ثَلاَثِ سِنِينَ ، وَعَمْدُ الْخَطَإِ : أَنْ يَقْصِدَ ضَرْبَهُ بِمَا لاَ يَقْتُلُ غَالِباً فَيَمُوتَ ، فَلاَ قَوَدَ عَلَيْهِ ، بَلْ تَجِبُ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ

عليه ، فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه ، ولو عفا عن عضو من أعضاء الجانى سقط كله كما أن تطليق بعض المرأة تطليق لكلها ، ولو عفا بعض المستحقين سقط أيضاً وإن لم يرض البعض الآخر لأن القصاص لا يتجزأ ويغلب فيه جانب السقوط .

(والخطأ المحض : هو أن) يقصد الفعل دون الشخص كأن (يرمى إلى شىء) كشجرة أو صيد) فيصيب إنسانا (رجلا) أى ذكرا ، أوغيره (فيقتله) أو يرمى زيدا فيصيب عمرا ، كما مر ، أولم يقصد أصل الفعل كأن زلق فسقط على غيره فمات كما مر أيضا (فلاقود عليه) لقوله تعالى «ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله» فأوجب الدية ولم يتعرض للقصاص (بل تجب دية) للآية المذكورة (مخففة على العاقلة) كما ستعرفه فى فصلها (مؤجلة) عليهم ، لأنهم يحملونها على سبيل المواساة ، ومن المواساة تأجيلها عليهم (فى ثلاث سنين) بالإجماع ، كما رواه الشافعى رضى الله تعالى عنه وغيره .

(وعمد الخطأ) المسمى بشبه العمد (هو أن يقصد ضربه) أى الشخص (بما لا يقتل غالبا) كسوط أو عصا خفيفة ونحو ذلك (فيموت بسببه، فلاقود عليه) لفقد الآلة القاتلة غالبا ، فموته بغيرها مصادفة قدر (بل تجب دية مغلظة) لقوله صلى الله عليه وسلم «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيلِ السوط أو العصا مائة من الإبل مغلظة : منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » والمعنى فيه أن شبه العمد متردد بين العمد والخطأ ، فأعطى حكم العمد من وجه تغليظها ، وحكمَ الخطأ من وجه كونها (على العاقلة) لما فى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك» (مؤجلة) عليهم كما فى دية الخطأ .

. . . .

تنبيه — جهات تحمل الدية ثلاثة : قرابة ، وولاء ، وبيت مال ، لاغيرها كزوجية وقرابة ليست بعصبة ، ولاالفريد الذى لاعشيرة له ، فيدخل نفسه فى قبيلة ليعد منها .

الجهة الأولى : عصبة الجانى الذين يرثونه بالنسب أو الولاء إذا كانوا ذكورا مكلفين ، قال الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه : ولا أعلم مخالفا فى أن العاقلة العصبة ، وهم القرابة من قبل الأب ، قال : ولا أعلم مخالفا فى أن المرأة والصبى وإن أيسرا لايحملان شيئا ، وكذا المعتوه عندى ، انتهى ، واستثنى من العصبة أصل الجانى وإن علا وفرعه وإن سفل ، لأنهم أبعاضه ، فكما لايتحمل الجانى لايتحمل أبعاضه ، ويقدم فى تحمل الدية من العصبة الأقرب فالأقرب ، فان لم يف الأقرب بالواجب بأن بقى منه شىء وزع الباقى على من يليه الأقرب فالأقرب ، ويقدم ممن ذكر مُدْلٍ بأبوين على مدل بأب ، فان لم يف ماعليهم بالواجب فمعتِقٌ ذكر ، لخبر « الولاء لحمة كلحمة النسب » ثم إن فقد المعتق أو لم يَفِ ماعليه بالواجب فعصبته من نسب غير أصله وإن علا وفرعه وإن سفل كما مر فى أصل الجانى وفرعه ، ثم معتق المعتق ، ثم عصبته كذلك ، وهكذا ماعدا الأصل والفرع ثم معتق أب الجانى ، ثم عصبته ، ثم معتق معتق الأب ، وعُصبته غير أصله وفرعه ، وكذا أبدا ، وعتيق المرأة يعقله عاقلتها ، ومعتقون فى تحملهم كمعتق واحد ، وكل شخص من عصبة كل معتق يحمل ماكان يحمله ذلك المعتق فى حياته ، ولايعقل عتيق عن معتقه كما لايرثه ، فان فقد العاقل ممن ذكر عقل ذوو الأرحام إذا لم ينتظم أمر بيت المال ، فان انتظم عَقَلَ بيت المال ، فان فقد بيت المال فكلها على الجانى ، بناء على أنها تلزمه ابتداء ثم تتحملها العاقلة وهو الأصح ، وصفات من يعقل خمس : الذكورة ، وعدم الفقر ، والحرية ، والتكليف ، واتفاق الدين ، فلاتعقل امرأة ولاخنثى ، نعم إن بان ذكرا غرم حصته التى أداها غيره ، ولافقير ولو كسوبا ، ولارقيق ولومكاتبا ، ولاصبى ، ولامجنون ، ولامسلم عن كافر ، وعكسه ، ويعقل يهودى عن نصرانى وعكسه كالإرث ، وعلى الغنى فى كل سنة من

وَشَرَائِطُ وُجُوبِ القِصَاصِ أَرْبَعَةٌ : أَنْ يَكُونَ القَاتِلُ بَالِغاً ، عَاقِلاً ،

العاقلة — وهو : مَنْ يملك فاضلا عما يبقى له فى الكفارة عشرين دينارا أوقدرها اعتبارا بالزكاة — نصف دينار على أهل الذهب أو قدره دراهم على أهل الفضة ، وعلى المتوسط منهم — وهو : مَنْ يملك فاضلا عما ذكردون العشرين دينارا أوقدرها ، وفوق ربع دينار لئلايبقى فقيرا — ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه واسطة بين الفقير الذى لاشىء عليه والغنى الذى عليه نصف دينار ، وتحمل العاقلة الجناية على العبد لأنه بدل آدمى ، ففى آخر كل سنة يؤخذ من قيمته قدر ثلث دية ، ولوقتل شخص رجلين مثلا ففى ثلاث سنين ، والأطراف كقطع اليدين ، والحكومات وأروش الجنايات تؤجل فى كل سنة قدر ثلث دية كاملة ، وأجل دية النفس من الزهوق ، وأجل دية غير النفس كقطع يد من ابتداء الجناية ، ومن مات من العاقلة فى أثناء سنة سقط من واجب تلك السنة قسطه .

(وشرائط وجوب القصاص) فى العمد (أربعة) بل خمسة كما ستعرفه :

الأول : (أن يكون القاتل بالغا) والثانى : أن يكون (عاقلا) فلا قصاص على صبى ومجنون ؛ لرفع القلم عنهما ، وتضمينُهما متلفاتهما إنما هو من خطاب الوَضْع فتجب الدية فى مالهما .

تنبيه — محل عدم إيجابه على المجنون إذا كان جنونه مطبقا ، فان تقطع فله حكم المجنون حال جنونه ، وحكم العاقل حال إفاقته ، ومن لزمه قصاص ثم جن استوفى منه حال جنونه ، لأنه لايقبل الرجوع ، ولو قال : كنت يوم القتل صبيا أو مجنونا وكذبه ولى المقتول ، صدق القاتل بيمينه ، إن أمكن الصبا وقت القتل وعهد الجنون قبله ، لأن الأصل بقاؤهما ، بخلاف ما إذا لم يمكن صباه ولم يعهد جنونه ، والمذهب وجوب القصاص على السكران المتعدى بسكره ، لأنه مكلف عند غير النووى ، ولئلا يؤدى إلى ترك القصاص ، لأن من رام القتل لايعجز أن يسكر حتى لايقتص منه ، وهذا

وَأَنْ لَا يَكُونَ وَالِداً لِلْمَقْتُولِ ، وَأَنْ لَا يَكُونَ الْمَقْتُولُ أَنْقَصَ مِنَ الْقَاتِلِ بِكُفْرٍ أَوْ رِقٍّ

كالمستثنى من شرط العقل ، وهو من قبيل ربط الأحكام بالأسباب ، وألحق به من تعدى بشرب دواء يزيل العقل ، أما غير المتعدى فهو كالمعتوه فلا قصاص عليه ، ولا قصاص ولا دية على حربى قتل حال حرابته وإن عصم بعد ذلك باسلام أو عقد ذمة ، لما تواتر من فعله صلى الله عليه وسلم والصحابة بعده من عدم القصاص ممن أسلم كوَحْشِى قاتل حمزة ، ولعدم التزامه الأحكام .

(و) الثالث : (أن لا يكون) القاتل (والدا للمقتول) فلا قصاص بقتل ولد القاتل وإن سفل ، لخبر الحاكم والبيهقى وصححاه «لا يقاد للابن من أبيه ولو كافرا» ولرعاية حرمته ولأنه كان سببا فى وجوده فلا يكون سببا فى عدمه .

تنبيه — هل يقتل بولده المنفى باللعان ؟ وجهان ، ويجريان فى القطع بسرقة ماله وقبول شهادته له ، قال الأذرعىّ : والأشبه أنه يقتل به ما دام مصرا على النفى ، انتهى ، والأوجه أنه لا يقتل به مطلقا للشبهة كما قاله غيره ، ولا قصاص للولد على الوالد ، كأن قتل زوجة نفسه وله منها ولد ، أو قتل زوجة ابنه أو لزمه قود فورث بعضَه ولدُه ، كأن قتل أبا زوجته ثم ماتت الزوجة وله منها ولد لأنه إذا لم يقتل بجنايته على ولده فلأن لا يقتل بجنايته على مَنْ له فى قتله حق أولى ، وأفهم كلامه أن الولد يقتل بكل واحد من والديه ، وهو كذلك ، بشرط التساوى فى الإسلام والحرية ، إلا أنه يستثنى منه المكاتب إذا قتل أباه وهو يملكه فلا يقتل به على الأصح فى الروضة ، وتقتل المحارم بعضهم ببعض ويقتل العبد بعبد لوالده .

(و) والرابع : (أن لا يكون المقتول أنقص من القاتل بكفر أو رق) أو هدردم ، تحقيقا للمكافأة المشروطة لوجوب القصاص بالأدلة المعروفة ، فان كان أنقص بأن قتل

مسلم كافرا أوحرمن فيه رق أو معصوم بالإسلام زانيا محصنا فلا قصاص حينئذ ، وخرج بتقييد العصمة بالإسلام المعصوم بجزية كالذمى ، فانه يقتل بالزانى المحصن و بذمى أيضا و إن اختلفت ملتهما ، فيقتل يهودى بنصرانى ومعاهد ومستأمن ومجوسى وعكسه لأن الكفر كله ملة واحدة من حيث إن النسخ شمل الجميع ، فلو أسلم الذمى القاتل لم يسقط القصاص لتكافئهما حال الجناية ، لأن الاعتبار فى العقوبات بحال الجنايات ، ولا نظر لما يحدث بعدها ، و يقتل رجل بامرأة وخنثى كعكسه ، وعالم بجاهل كعكسه ، وشريف بخسيس وشيخ بشاب كعكسهما

والخامس : عصمة القتيل بايمان أو أمان كعقد ذمة أو عهد لقوله تعالى « قاتلوا الذين لايؤمنون بالله — الآية » ولقوله تعالى « و إن أحد من المشركين استجارك — الآية » فيهدر الحربى ولو صبيا وامرأة وعبدا ، لقوله تعالى « اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » ومرتد فى حق معصوم لخبر « من بدل دينه فاقتلوه » كزان محصن قتله مسلم معصوم كما مر لاستيفائه حق الله تعالى ، سواء ثبت زناه باقراره أو ببينة ومن عليه قود لقاتله لاستيفائه حقه ، و يقتل قن ومدبر ومكاتب وأم ولد بعضهم ببعض و إن كان المقتول لكافر والقاتل لمسلم ، ولوقتل عبد عبدا ثم عتق القاتل فكحدوث الإسلام لذمى قتل ، وحكمه كما سبق ، ومن بعضه حر لو قتل مثله سواء أزادت حرية القاتل على حرية المقتول أم لا لاقصاص لأنه لم يقتل بالبعض الحر البعض الحر و بالرقيق الرقيق ، بل قتله جميعه بجميعه حرية ورقا شائعا فيلزم قتل جزء حرية بجزء رق وهوممتنع ، والفضيلة فى شخص لاتجبر النقص فيه ، ولهذا لاقصاص بين عبد مسلم وحرذمى لأن المسلم لايقتل بالذمى والحر لايقتل بالعبد ولاتجبر فضيلة كل منهما نقيصته .

(وتقتل الجماعة) وإن كثروا (بالواحد) وإن تفاضلت جراحاتهم فى العدد والفحش والأرش ، سواء أقتلوه بمحدد أم بغيره كأن ألقوه من شاهق أو فى بحر ، لما روى مالك أن عمر رضى الله تعالى عنه قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة

وَكُلُّ شَخْصَيْنِ جَرَى القِصَاصُ بَيْنَهُمَا فى النَّفْسِ يَجْرِى بَيْنَهُمَا في الْأَطْرَافِ وَشَرَائِطُ وُجُوبِ القِصَاصِ فى الأَطْرَافِ بَعْدَ الشَّرَائِطِ المَذْكُورَةِ اثْنَانِ : الِاشْتِرَاكُ فى الِاسْمِ الخَاصِّ

أى حيلة بأن يخدع و يقتل فى موضع لايراه فيه أحد ، وقال : « لو تمالأ » أى اجتمع « عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعاً » ولم ينكر عليه أحد ، فصار ذلك إجماعا ، ولأن القصاص عقوبة تجب للواحد على الواحد ، فتجب للواحد على الجماعة كحد القـذف ، ولأنه شرع لحقن الدماء فلو لم يجب عند الاشتراك لـكان كل من أراد أن يقتل شخصاً استعان بآخر على قتله واتخذ ذلك ذريعة لسفك الدماء ، لأنه صار آمناً من القصاص وللولى العفو عن بعضهم على الدية ، وعن جميعهم عليها ، ثم إن كان القتل بجراحات ، وزعت الدية باعتبار عدد الرؤس ، لأن تأثير الجراحات لاينضبط ، وقد تزيد نـكاية الجرح الواحد على جراحات كثيرة ، و إن كان بالضرب فعلى عدد الضربات لأنها تلاقى الظاهر ولا يعظم فيها التفاوت ، بخلاف الجراحات ، ومن قتل جَمْعاً مرتباً قتل بأولهم ، أو دفعة فبالقرعة ، وللباقين الديات ، لتعذر القصاص عليهم ، ولو قتله غير الأول من المستحقين فى الأولى أو غير من خرجت قرعته منهم فى الثانية عصى ، ووقع قتله قصاصاً ، وللباقين الديات ، لتعذر القصاص عليهم بغير اختيارهم ، ولو قتلوه كلهم أساؤا ، ووقع القتل موزعا عليهم ، ورجع كل منهم بالباقى له من الدية .

(وكل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس) بالشروط المتقدمة (يجرى بينهما) القصاص أيضاً (فى) قطع (الأطراف) وفى الجرح المقدر كالموضِحة كما سيذكره المصنف ، وفى إزالة بعض المنافع المضبوطة كضـوء العين والسمع والشم والبطش والذوق ، قال فى الروضة : لأن لها محال مضبوطة ، ولأهل الخبرة طرق فى إبطالها .

(وشرائط وجوب القصـاص فى الأطراف بعد الشرائط) الخمسـة (المذكورة) فى قصاص النفس (اثنان) : الأول (الاشتراك فى الاسم الخاص) رعاية للمماثلة

الْيُمْنَى بِالْيُمْـنَى وَالْيُسْرَى بِالْيُسْرَى ، وَأَنْ لَا يَكُونَ بِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ شَلَلٌ

(اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى) فلاتقطع يسار بيمين ، ولاشفة سفلى بعليا وعكسهما ولا حادث بعد الجناية بموجود ، فلو قلع سنا ليس له مثلها فلا قود وإن نبت له مثلها بعد ، وخرج بقيد الاسم الخاص الاشتراك فى البدن فلا يشترط ، فيقطع الرجل بالمرأة وعكسه ، والذمى بالمسلم ، والعبد بالحر ، ولاعكس فيهما قاله فى الروضة (و) الثانى (أن لا يكون بأحد الطرفين) أى الجانى والمجنى عليه (شلل) وهو : يبس فى العضو يبطل عمله فلا تقطع صحيحة من يد أو رجل بشَلَّاء ، وإن رضى به الجانى أو شلت يده أو رجله بعد الجناية ، لانتفاء المماثلة ، فلو خالف صاحب الشلاء وفعل القطع بغير إذن الجانى لم يقع قصاصا لأنه غير مستحق ، بل عليه ديتها ، وله حكومة يده الشلاء ، فلو سرى القطع فعليه قصاص النفس لتفويتها بغير حق ، وتقطع الشلاء بالشلاء إذا استويا فى الشلل أو كان شلل الجانى أكثر ولم يخف نزف الدم ، وإلا فلا قطع ، وتقطع الشلاء أيضا بالصحيحة لأنهادون حقه إلا أن يقول أهل الخبرة : لاينقطع الدم ، بل تنفتح أفواه العروق ولا تنسد بحسم النار ولاغيره ، فلا تقطع بها وإن رضى الجانى كما نص عليه فى الأم حذراً من استيفاء النفس بالطرف ، فان قالوا « ينقطع الدم » وقنع بها مستوفيها بأن لا يطلب أرشا للشلل قطعت لاستوائهما فى الجرم ، وإن اختلفا فى الصفة ، لأن الصفة المجردة لاتقابل بمال ، وكذا لو قتل الذمى بالمسلم والعبد بالحر لم يجب لفضيلة الإسلام والحرية شىء ، ويقطع عضو سليم بأعسم وأعرج إذ لاخلل فى العضو ، والعَسَم — بمهملتين مفتوحتين — تشنج فى المرفق ، أو قصر فى الساعد أو العضو ، ولا أثر فى القصاص فى يد أو رجل لخضرة أظفار أو سوادها لأنه علة أو مرض فى الظفر ، وذلك لا يؤثر فى وجوب القصاص ، وتقطع ذاهبةُ الأظفار بسليمتها لأنها دونها دون عكسه ، لأن الكامل لا يؤخذ بالناقص ، والذكر صحة وشللا كاليد صحة وشللا ، والذكر الأشل منقبض لا ينبسط وعكسه ، ولا أثر للانتشار وعدمه ، فيقطع ذكر فحل بذكر خصى

وَكُلُّ عُضْوٍ أُخِذَ مِنْ مِفْصَلٍ فَفِيهِ القِصَاصُ ، وَلاَ قِصَاصَ فِى الْجُرُوحِ إلاَّ فِى

وعنين ، وأنف صحيح الشم بأخشم ، وتقطع أذن سميع بأصم ، ولا تؤخذ عين صحيحة بحدقة عمياء ، ولا لسان ناطق بأخرس ، وفى قلع السن قصاص ، قال تعالى «والسن بالسن» ولا قصاص فى كسرها كما لاقصاص فى كسر العظام ، نعم إن أمكن فيها القصاص فمن النص أنه يجب لأن السن عظم مشاهد من أكثر الجوانب ، ولأهل الصنعة آلات قطاعة يعتمد عليها فى الضبط ، فلم تكن كسائر العظام ، ولو قلع شخص مثغور — وهو الذى سقطت رواضعه — سنَّ كبير أو صغير لم تسقط أسنانه الرواضع ومنها المقلوعة فلا ضمان فى الحال لأنها تعود غالباً فإن جاء وقت نباتها بأن سقط البواقى ونبتت دون المقلوعة وقال أهل الخبرة « فسد المنبت » وجب القصاص فيها حينئذ ، ولا يستوفى للصغير فى صغره ، لأن القصاص للتشفِّى ، ولو قلع شخص سن مثغور فنبتت لم يسقط القصاص لأن عودها نعمة جديدة من الله تعالى (وكل عضو أخذ) أى قطع جناية (من مفصل) - بفتح الميم وكسر المهملة - كالمرفق والأنامل والكوع ومفصل القدم والركبة (ففيه القصاص) لانضباط ذلك مع الأمن من استيفاء الزيادة ، ولا يضر فى القصاص عند مساواة المحل كبر وصغر وقصر وطول وقوة بطش وضعفه فى عضو أصلى أو زائد ، ومن المفاصل أصل الفخذ والمنكب ، فان أمكن القصاص فيهما بلا جائفة اقتصَّ ، وإلا فلا ، سواء أجاف الجانى أم لا ، نعم إن مات المجنى عليه بذلك قطع الجانى ، وإن لم يمكن بلا إجافة ، ويجب القصاص فى فقْء عين وفى قطع أذن وجفن وشفة سفلى وعايا ولسان وذكر وأنثيين وشُفرين وهما — بضم الشين المعجمة — تثنية شفر ، وهو حرف الفرج وفى أليين وهما اللحمان الناتئان بين الظهر والفخذ (ولا قصاص فى الجروح) فى سائر البدن ، لعدم ضبطها وعدم أمن الزيادة والنقصان طولا وعرضاً (إلا فى) الجراحة

المُوضِحَةِ .

(فَصلٌ)

(الموضحة) للعظم فى أى موضع من البدن من غير كسر ففيها القصاص لتيسر ضبطها

تتمة — يعتبر قدر الموضحة بالمساحة طولا وعرضا فى قصاصها ، لا بالجزئية ، لأن الرأسين مثلا قد يختلفان صغراً وكبراً ، ولا يضر تفاوت غلظ لحم وجلد فى قصاصها ، ولو أوضح كل رأس المشجوج ورأس الشاج أصغر من رأسه استوعبناه إيضاحا ، ولا نكتفى به ، ولا نتممه من غيره ، بل نأخذ قسط الباقى من أرش الموضحة لو وزع على جميعها ، وإن كان رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج أخذ منه قدر موضحة رأس المشجوج فقط ، والخيرة فى تعيين موضعه للجانى ، ولو أوضح ناصية من شخص وناصيته أصغر من ناصية المجنى عليه تمم الباقى من باقى الرأس ، لأن الرأس كله عضو واحد ، ولو زاد المقتص عمداً فى موضحة على حقه لزمه قصاص الزيادة لتعمده ، فان كان الزائد خطأ أو شبه عمد أو عمداً وعُفى عنه على مال وجب أرش كامل ، ولو أوضحه جمع بتحاملهم على آلة واحدة أوضح من كل واحد منهم موضحة مثلها كما لو اشتركوا فى قطع عضو .

(فصل) فى الدية

وهى فى الشرع : اسمٌ للمال الواجب بجناية على الحر فى نفس أو فيما دونها وذكرها المصنف عقب القصاص لأنها بدل عنه على الصحيح

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ، قال تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » ، والأحاديث الصحيحة طافحة بذلك ، والإجماع منعقد على وجوبها فى الجملة .

وَالدِّيَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : مُغَلَّظَةٌ ، وَمُخَفَّفَةٌ ، فَالْمُغَلَّظَةُ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ : ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً ، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً فى بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا

(والدية) الواجبة ابتداء أو بدلا (على ضربين) الأول (مغلظة) من ثلاثة أوجه أو من وجه واحد (و) الثانى (مخففة) من ثلاثة أوجه أو من وجهين

تنبيه — الدية قد يعرض لها مايغلظها ، وهو أحد أسباب خمسة : كون القتل عمداً ، أو شبه عمد ، أو فى الحرم ، أو فى الأشهر الحرم ، أو ذى رحم محرم ، وقد يعرض لها ماينقصها وهو أحد أسباب أربعة : الأنوثة ، والرق ، وقتل الجنين ، والكفر ، فالأول يردها إلى الشطر ، والثانى إلى القيمة ، والثالث إلى الغرة ، والرابع إلى الثلث أو أقل ، وكون الثانى أنقص جرى على الغالب ، وإلا فقد تزيد القيمة على الدية .

ثم شرع المصنف فى القسم الأول - وهى المغلظة - فقال : (فالمغلظة مائة من الإبل) فى القتل العمد ، سواء وجب فيه قصاص وعفى على مال أم لا كقتل الوالد ولده (ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة) وتقدم بيانهما فى الزكاة (وأربعون خلفة) وهى التى (فى بطونها أولادها) لخبر الترمذى بذلك ، والمعنى أن الأربعين حوامل ، ويثبت حملها بقول أهل الخبرة بالإبل ، وذلك فى قتل الذكر المسلم الحر المحقون الدم غير جنين انفصل بجناية ميتاً ، والقاتل له لا رق فيه ، لأن الله تعالى أوجب فى الآية المذكورة دية ، وبينها النبى صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم فى قوله « فى النفس مائة من الإبل » رواه النسائى ، ونقل ابن عبد البر وغيره فيه الإجماع ، ولا تختلف الدية بالفضائل والرذائل وإن اختلفت بالأديان والذكورة والأنوثة ، بخلاف الجناية على الرقيق ، فإن فيه القيمة المختلفة .

أما إذا كان غير محقون الدم كتارك الصلاة كسلا والزانى المحصن إذا قتل كلا منهما مسلم فلا دية فيه ولا كفارة ، وإن كان القاتل رقيقاً لغير المقتول ولو مكاتباً وأم ولد فالواجب

وَالمُخَفَّفَةُ مِنَ الإِبِلِ: عِشْرُونَ حِقَّةً ، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ

أقل الأمرين من قيمتها والدية ، وإن كان مبعضاً لزمه لجهة الحرية القدر الذى يناسبها من نصف أو ثلث مثلا ولجهة الرقيق أقل الأمرين من القيمة والدية .

وهذه الدية مغلظة من ثلاثة أوجه : كونها على الجانى ، وحالّة ، ومن جهة السن .

والخلفة — بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء — لا جمع له من لفظه عند الجمهور ، بل من معناه ، وهو مخاض ، كامرأة ونساء ، وقال الجوهرى : جمعها خَلِف بكسر اللام أيضاً ، وابن سيده : خَلِفات .

وفى شبه العمد مغلظة من وجه واحد ، وهو كونها مثلثة .

(والمخففة) بسبب قتل الذكر الحر المسلم (مائة من الإبل) وهى فى الخطأ مخففة من ثلاثة أوجه : الأول : وجوبها مخمسة (عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض) وتقدم بيانها فى الزكاة ، والثانى : وجوبها على العاقلة ، والثالث : وجوبها مؤجلة فى ثلاث سنين .

وفى شبه العمد مخففة من وجهين ، وهما : وجوبها على العاقلة ، ووجوبها مؤجلة فى ثلاث سنين ، ولا يقبل فى إبل الدية مَعيب بما يُثبت الرد فى البيع ، وإن كانت إبل من لزمته معيبة ، لأن الشرع أطلقها فاقتضت السلامة ، وخالف ذلك الزكاة لتعلقها بعين المال ، وخالف الكفارة أيضاً لأن مقصودها تخليص الرقبة من الرق لتستقل فاعتبر فيها السلامة مما يؤثر فى العمل والاستقلال ، إلا برضا المستحق بذلك إذا كان أهلا للتبرع ، لأن الحق له فله إسقاطه ، ومن لزمته دية وله إبل فتؤخذ منها ، ولا يكلف غيرها ، لأنها

فَإِنْ عُدِمَتِ الْإِبِلُ انْتُقِلَ إِلَى قِيمَتِهَا ، وَقِيلَ : يُنْتَقَلُ إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ أَوِ اثْنَىْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَإِنْ غُلِّظَتْ زِيدَ عَلَيْهَا الثُّلُثُ

تؤخذ على سبيل المواساة ، فكانت مما عنده ، كما تجب الزكاة فى نوع النصاب ، فان لم يكن له إبل فمن غالب إبل بلدة بلدى أو غالب إبل قبيلة بدوى لأنها بدل متلف فوجب فيها البدل الغالب كما فى قيمة المتلفات ، فان لم يكن فى البلدة أو القبيلة إبل بصفة الإجزاء فتؤخذ من غالب إبل أقرب البلاد أو أقرب القبائل إلى موضع المؤدى ، فيلزمه نقلها كما زكاة الفطر ما لم تبلغ مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلدة أو قبيلة العدم فانه لا يجب حينئذ نقلها ، وهذا ما جرى عليه ابن المقرى ، وهو أولى من الضبط بمسافة القصر ، وإذا وجب نوع من الإبل لا يعدل عنه إلى نوع من غير ذلك الواجب ولا إلى قيمة عنه إلا بتراض من المؤدى والمستحق .

تنبيه ـ ما ذكره المصنف من التغليظ والتخفيف فى النفس يجرى مثله فى الأطراف والجروح .

(فان عدمت الإبل) حساً بأن لم توجد فى موضع يجب تحصيلها منه ، أو شرعا بأن وجدت فيه بأكثر من ثمن مثلها (انتقل إلى قيمتها) وقت وجوب تسليمها بالغة ما بلغت ، لأنها بدل متلف فيرجع إلى قيمتها عند إعواز أصله ، وتقوم بنقد بلده الغالب لأنه أقرب من غيره وأضبط ، فان كان فيه نقدان فأكثر لا غالب فيهما تخير الجانى بينهما ، وهذا هو القول الجديد ، وهو الصحيح ، (وقيل) وهو القول القديم : (ينتقل) المستحق عند عدمها (إلى) أخذ (ألف دينار) من أهل الدنانير (أو) ينتقل (إلى اثنى عشر ألف درهم) فضة من أهل الدراهم ، والمعتبر فيهما المضروب الخالص (و) على القديم (إن غلظت) الدية ، ولو من وجه واحد (زيد عليها) لأجل التغليظ (الثلث) أى قدره على أحد الوجهين المفرعين عليه ، ففى الدنانير ألف وثلاثمائة وثلاث وثلاثون ديناراً وثلث

وَتُغلَّظُ دِيَةُ الخَطَإِ فى ثلاثَةِ مواضِعَ: إذا قتَلَ فى الحَرَمِ، أَوْ قتَلَ فى الأَشْهُرِ الحُرُمِ،

دينار، وفى الفضة ستة عشر ألف درهم، والمصنف فى هذا تابع لصاحب المهذب، وهو ضعيف، وأصحهما فى الروضة أنه لا يزاد شىء، لأن التغليظ فى الإبل إنما ورد بالسن والصفة لا بزيادة العدد، وذلك لا يوجد فى الدنانير والدراهم.

(وتغلظ دية الخطأ) من وجه واحد، وهو وجوبها مثلثة (فى) أحد (ثلاثة مواضع) الأول (إذا قتل) خطأ (فى الحرم) أى حرم مكة، فانها تثلث فيه، لأن له تأثيرا فى الأمن بدليل إيجاب جزاء الصيد المقتول فيه، سواء أكان القاتل والمقتول فيه أم أصيب المقتول فيه ورمى من خارجه، أم قطع السهم فى مروره هواء الحرم وهما بالحل.

تنبيه — الكافر لا تغلظ ديته فى الحرم كما قاله المتولى، لأنه ممنوع من دخوله، فلو دخله لضرورة اقتضته فهل تغلظ أو يقال: هذا نادر؟ والأوجه الثانى، وخرج بالحرم الإحرام لأن حرمته عارضة غير مستمرة، وبمكة حرم المدينة بناء على منع الجزاء بقتل صيده وهو الأصح.

والثانى ما ذكره بقوله: (أو) قتل خطأ (فى) بعض (الأشهر) الأربعة (الحرم) وهى: ذو القعدة — بفتح القاف — وذو الحجة — بكسر الحاء — على المشهور فيهما، وسميا بذلك لقعودهم عن القتال فى الأول، ولوقوع الحج فى الثانى، والمحرم — بتشديد الراء المفتوحة — سمى بذلك لتحريم القتال فيه، وقيل: لتحريم الجنة فيه على إبليس، حكاه صاحب المستعذب، ودخلته اللام دون غيره من الشهور لأنه أولها فعرفوه، كأنه قيل: هذا الشهر الذى يكون أبداً أول السنة، ورجب، ويقال له: الأصم، والأصب، وهذا الترتيب — الذى ذكرناه فى عد الأشهر الحرم، وجعلها من سنتين — هو الصواب كما قاله

أَوْ قَتَلَ ذَاتَ رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ

النووى فى شرح مسلم ، وعدها الكوفيون من سنة واحدة ، فقالوا : المحرم ، ورجب ، وذو القعدة ، وذو الحجة ، قال ابن دحية : وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا نذر صيامها أى مرتبة فعلى الأول يبدأ بذى القعدة وعلى الثانى بالمحرم .

والثالث ماذكره بقوله : (أو قتل) خطأ محرما (ذات رحم) أى قريب (محرم) كالأم والأخت ، لما فى ذلك من قطيعة الرحم ، وخرج بمحرم ذات رحم صورتان : الأولى : ماإذا انفردت المحرمية عن الرحم كما فى المصاهرة والرضاع فلا يغلظ بها القتل قطعا ، الثانية : أن تنفرد الرحمية عن المحرمية كأولاد الأعمام والأخوال ، فلا تغلظ فيهم على الأصح عند الشيخين لما بينهما من التفاوت فى القرابة .

تنبيه — يدخل التغليظ والتخفيف فى دية المرأة والذمى ونحوه ممن له عصمة ، وفى قطع الطرف وفى دية الجرح بالنسبة لدية النفس ، ولا يدخل قيمة العبد تغليظ ولا تخفيف ، بل الواجب قيمته يوم التلف على قياس سائر المتقومات ، ولا تغليظ فى قتل الجنين بالحرم كما يقتضيه إطلاقهم ، وصرح به الشيخ أبو حامد ، وإن كان مقتضى النص خلافه ولا تغليظ فى الحكومات كما نقله الزركشى عن تصريح الماوردى ، وإن كان مقتضى كلام الشيخين خلافه ، وتقييد المصنف القتل بالخطأ إشارة إلى أن التغليظ إنما يظهر فيه ، أما إذا كان عمداً أو شبه عمد فلا يتضاعف بالتغليظ ، ولا خلاف فيه كما قاله العمرانى ، لأن الشىء إذا انتهى نهايته فى التغليظ لا يقبل التغليظ كالأيمان فى القسامة ونظيره المكبر لا يكبر ، كعدم التثليث فى غسلة الكلب ، قاله الدميرى والزركشى .

ولما فرغ من مغلظات الدية شرع فى منقصاتها ، فمنها الأنوثة كما قال : (ودية المرأة) الحرة ، سواء أقتلها رجل أم امرأة (على النصف من دية الرجل) الحر ممن هى

وَدِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ المُسْلِمِ ، وَأَمَّا المَجُوسِيُّ فَفِيهِ ثُلُثَا عُشْرِ دِيَةِ المُسْلِمِ

على دينه ، نفساً أو جرحا ، لما روى البيهقي خبر « دية المرأة نصف دية الرجل » وألحق بنفسها جرحها ، والخنثى كالمرأة هنا فى جميع أحكامها ، لأن زيادته عليها مشكوك فيها ، ففي قتل المرأة أو الخنثى خطأ عشر بنات مخاض ، وعشر بنات لبون ، وهكذا ، وفى قتلها عمدا أو شبه عمد : خمس عشرة حقة ، وخمس عشرة جذعة ، وعشرون خَلِفة .

(ودية) كل من (اليهودى والنصرانى) والمعاهد والمستأمن إذا كان معصوما تحل مناكحته (ثلث دية) الحر (المسلم) نفساً وغيرها ، أما فى النفس فروى مرفوعا ، قال الشافعى فى الأم : قضى بذلك عمر وعثمان رضى الله تعالى عنهما ! وهذا التقدير لايفعل بلا توقيف ، ففى قتله عمدا أو شبه عمد عشر حقاق ، وعشر جذعات ، وثلاث عشرة خلفة وثلث ، وفى قتله خطأ لم يغلظ ستة وثلثان ، من كل من بنات المخاض وبنات اللبون و بنى اللبون والحِقاق والجِذاع ، فمجموع ذلك ثلاث وثلاثون وثلث ، وقال أبو حنيفة : دية مسلم ، وقال مالك : نصفها ، وقال أحمد : إن قتل عمدا فدية مسلم ، أو خطأ فنصفها .

أما غير المعصوم من المرتدين ، ومَنْ لا أمان له ، فانه مقتول بكل حال ؛ وأما من لا تحل مناكحته فهو كالمجوسى ، وأما الأطراف والجراح فبالقياس على النفس .

تنبيه — السامرة كاليهود ، والصابئة كالنصارى ، إن لم يكفرهم أهل ملتهم ، وإلا فكمن لا كتاب له .

(ودية المجوسى) الذى له أمان أخسُّ الديات ، وهى (ثلثا عشر دية المسلم) كما قا

وَتَـكْمُلُ دِيَةُ النَّفْسِ

ابن عمر وعثمان وابن مسعود رضى الله عنهم ، ففيه عند التلغيظ حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثا خلفة ، وعند التخفيف بعير وثلث من كل سن ، فمجموع ذلك ست وثلثان ، والمعنى فى ذلك أن فى اليهودى والنصرانى خمس فضائل ، وهى : حصول كتاب ، ودين كان حقا بالإجماع ، وتحل مناكحتهم ، وذبائحهم ، ويقرون بالجزية ، وليس للمجوسى من هذه الخمسة إلا التقرير بالجزية ، فـكانت ديته على الخمس من دية اليهودى والنصرانى .

تنبيه -- قوله «ثلثا عشر» أولى منه «ثلث خمس» لأن فى الثلثين تـكريرا ، وأيضا فهو الموافق لتصويب أهل الحساب له بـكونه أخصر .

وكذا وثنى ونحوه كعابد شمس وقمر وزنديق — وهو : من لاينتحل دينا ممن له أمان — كد خوله لنا رسولا ، أما من لا أمان له فهدر .

وسكت المصنف عن دية المتولد بين كتابى ووثنى مثلا وهى كدية الكتابى اعتبارا بالأشرف ، سواء كان أبا أم أما لأن المتولد يتبع أشرف الأبوين دينا ، والضمان يغلب فيه جانب التغليظ ، ويحرم قتل من له أمان لأمانه ، ودية نساء وخناثى مَنْ ذكر على النصف من دية رجالهم ، ولو أخر المصنف ذكر المرأة إلى هنا وذكر معها الخنثى لشمل الجميع ، ويراعى فى ذلك التغليظ والتخفيف ، ومن لم تبلغه دعوة الإسلام إن تمسك بدين لم يبدل فدية أهل دينه ديته ، والإ فـكدية مجوسى ، ولايجوز قتل من لم تبلغه الدعوة ، ويقتص لمن أسلم بدار الحرب ولم يهاجر منها بعد إسلامه ، وإن تمـكن .

ولما بين المصنف رحمه الله تعالى دية النفس شرع فى بيان مادونها ، وهى ثلاثة أقسام : إبانة طرف ، وإزالة منفعة ، وجرح ، مخلا بترتيبها كما ستعرفه ، مبتدئا بالأمر الأول بقوله : (وتـكمل دية النفس) أى دية نفس صاحب ذلك العضو من ذكر أو غيره

فى قَطْعِ اليَدَيْنِ ، وَالرِّجْلَيْنِ ، وَالْأَنْفِ ،

تغليظا وتخفيفا (فى) إبانة (اليدين) الأصليتين لخبر عمرو بن حزم بذلك ، رواه النسائى وغـيره .

تنبيه ـ المراد باليد الـكف مع الأصابع الخمس ، هذا إن قطع اليد من مفصل كف وهو الـكوع ، فان قطع من فوق الـكف وجب مع دية الـكف حـكومة ، لأن مافوق الـكف ليس بتابع ، بخلاف الـكف مع الأصابع ، فانهما كالعضو الواحد ، بدليل قطعهما فى السرقة بقوله تعالى «فاقطعوا أيديهما» وفى إحداهما نصفها بالإجماع المستند إلى النص الوارد فى كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له النبى صلى الله عليه وسلم .

(و) تـكمل دية النفس (فى) إبانة (الرِّجْلين) الأصليتين إذا قطعتا من الكعبين ، لحديث عمرو بن حزم بذلك ، والـكعب كالـكف ، والساق كالساعد ، والفخذ كالعضد والأعرج كالسليم ، لأن العيب ليس بنفس العضو ، وإنما العرج نقص فى الفخذ ، وفى إحداهما نصفها المامر ، وفى كل أصبع أصلية من يد أورجل عشر دية صاحبها ، ففيها لذكر حر مسلم عشرة أبعرة كما جاء فى خبر عمرو بن حزم ، أما الأصبع الزائدة أو اليد الزائدة أو الرجل الزائدة ففيها حكومة ، وفى كل أنملة من أصابع اليدين والرجلين من غير إبهام ثلث العشر ، لأن كل أصبع له ثلاث أنامل ، إلا الإبهام فله أنملتان ، ففى أنملته نصفها عملا بقسط واجب الأصبع .

(و) تـكمل دية النفس فى إبانة مارن (الأنف) وهو مالان من الأنف وخلامن العظم ، لخبر عمرو بن حزم بذلك ، ولأن فيه جمالا ومنفعة ، وهومشتمل على الطرفين المسمين بالمنخرين ، وعلى الحاجز بينهما ، وتندرج حـكومة قصبته فى ديته كما رجحه فى أصل الروضة ، ولافرق بين الأخشم وغيره ، وفى كل من طرفيه والحاجز ثلث ، توزيعا للدية عليهـا .

وَالْأُذُنَيْنِ ، وَالعَيْنَيْنِ ، وَالْجُفُونِ الْأَرْبَعَةِ

(و) تكمل دية النفس فى إبانة (الأذنين) من أصلهما بغير إيضاح ، سواء أكان سميعا أم أصم ، لخبر عمرو بن حزم « فى الأذن خمسون من الإبل » رواه الدارقطنى والبيهقى ، ولأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة فوجب أن تكمل فيهما الدية ، فان حصل بالجناية إيضاح وجب مع الدية أرش ، وفى بعض الأذن بقسطه ، ويقدر بالمساحة ، ولو أيبسهما بالجناية عليهما بحيث لوحركتا لم تتحركا فدية ، كالوضرب يده فشلت ، ولو قطع أذنين يابستين بجناية أو غيرها فحكومة .

(و) تكمل دية النفس فى إبانة (العينين) لخبر عمرو بن حزم بذلك ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، ولأنهما من أعظم الجوارح نفعا ، فكانتا أولى بإيجاب الدية ، وفى كل عين نصفها ولوعين أحول ، وهو من فى عينه خلل دون بصره ، وعين أعمش وهو من يسيل دمعه غالبا مع ضعف رؤيته ، وعين أعور وهو ذاهب حس إحدى العينين مع بقاء بصره ، وعين أخفش وهو صغير العين المبصرة ، وعين أعشى وهو من لا يبصر ليلا ، وعين أجهر وهو من لا يبصر فى الشمس ؛ لأن المنفعة باقية بأعين من ذكر ، ومقدار المنفعة لاينظر إليه ، وكذا من بعينه بياض علا بياضها أو سوادها أو ناظرها وهو رقيق لاينقص الضوء الذى فيها يجب فى قلعها نصف دية لما مر ، فان نقص الضوء وأمكن ضبط النقص فقسط مانقص يسقط من الدية ، فان لم ينضبط النقص وجبت حكومة .

(و) تكمل دية النفس فى إبانة (الجفون الأربعة) وفى قطع كل جفن — بفتح جيمه وكسرها ، وهو غطاء العين — ربع دية ، سواء الأعلى والأسفل ، ولو كانت لأعمى وبلاهدب ، لأن فيها جمالا ومنفعة ، وقد اختصت عن غيرها من الأعضاء بكونها رباعية ، وتدخل حكومة الأهداب فى دية الأجفان ، بخلاف مالو انفردت الأهداب فان فيها حكومة إذا فسد منبتها كسائر الشعور ، لأن الفائت بقطعها الزينة والجمال

دون المقاصد الأصلية ، وإلا فالتعزير ، وفى قطع الجفن المستحشف حكومة ، وفى إحشاف الجفن الصحيح ربع دية ، وفى بعض الجفن الواحد قسطه من الربع ، فان قطع بعضه فتقاص باقيه ، فقضية كلام الرافعى عدم تكميل الدية .

(و) تكمل دية النفس فى إبانة (اللسان) لناطق سليم الذوق ، ولو كان اللسان لألكن ، وهو : من فى لسانه لكنة : أى عجمة ، ولو لسان أرت ، بمثناة ، أو ألثغ ، بمثلثة ، وسبق تفسيرهما فى صلاة الجماعة ، ولو لسان طفل وإن لم ينطق ، كل ذلك لإطلاق حديث عمرو بن حزم « وفى اللسان الدية » صححه ابن حبان والحاكم ، ونقل ابن المنذر فيه الإجماع ، ولأن فيه جمالا ومنفعة يتميز بها الإنسان عن البهائم فى البيان والعبارة عما فى الضمير ، وفيه ثلاث منافع : الكلام ، والذوق ، والاعتماد فى أكل الطعام وإدارته فى اللهوات حتى يستكمل طحنه بالأضراس ، نعم لو بلغ الطفل أوان النطق والتحريك ولم يوجدا منه ففيه حكومة لا دية ، لإشعار الحال بعجزه ، وإن لم يبلغ أوان النطق فدية أخذا بظاهر السلامة ، كما تجب الدية فى يده ورجله ، وإن لم يكن فى الحال بطش ولا مشى ، وخرج بقيد الناطق الأخرس فالواجب فيه حكومة ، ولو كان خرسه عارضا ، كما فى قطع اليد الشلاء ، وبسليم الذوق عديمه فجزم الماوردى وصاحب المهذب بأن فيه حكومة كالأخرس ، قال الأذرعى : وهذا بناء على المشهور أن الذوق فى اللسان ، وقد ينازعه قول البغوى وغيره : إذا قطع لسانه فذهب ذوقه لزمه ديتان ، اهـ ، وهذا هو الظاهر لقول الرافعى : إذا قطع لسان أخرس فذهب ذوقه وجبت الدية للذوق ، وهذا يعلم من قولهم : إن فى الذوق الدية وإن لم يقطع اللسان .

(و) تكمل دية النفس فى إبانة (الشفتين) لوروده فى حديث عمرو بن حزم « وفى الشفتين الدية » وفى كل شفة وهى فى عرض الوجه إلى الشدقين وفى طوله ما يستر

اللثة كما قاله فى المحرر نصف الدية ، عليا أو سفلى ، رقت أو غلظت ، صغرت أو كبرت ، والإشلال كالقطع ، وفى شقهما بلا إبانة حكومة ، ولو قطع شفة مشقوقة وجبت ديتها إلا حكومة الشق ، وإن قطع بعضهما فتقلص البعضان الباقيان وبقيا كمقطوع الجميع وزعت الدية على المقطوع والباقى كما اقتضاه نص الأم ، وهل يسقط مع قطعهما حكومة الشارب أو لا ؟ وجهان ، أظهرهما الأول ، كما فى الأهداب مع الأجفان ، ويجب فى كل لَحيٍ نصف دية ، وهو - بفتح لامه وكسرها - واحد اللَّحيين بالفتح ، وهما عظمان تنبت عليهما الأسنان السفلى ، وملتقاهما الذقن ، أما العليا فمنبتها عظم الرأس ، ولا يدخل أرش الأسنان فى دية فك اللحيين ، لأن كلا منهما مستقل برأسه ، وله بدل مقدر ، واسم يخصه ، فلا يدخل أحدهما فى الآخر كالأسنان واللسان .

ثم شرع فى القسم الثانى - وهو إزالة المنافع - فقال : (و) تكمل دية النفس فى (ذهاب الكلام) فى الجناية على اللسان ، لخبر البيهقى «فى اللسان الدية إن منع الكلام» وقال ابن أسلم : مضت السنة بذلك ، ولأن اللسان عضو مضمون بالدية ، فكذا منفعته العظمى ، كاليد والرجل ، وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة : لا يعود كلامه ، فان أخذت ثم عاد استردت ، ولو ادعى زوال نطقه امتحن بأن يروع فى أوقات الخلوات وينظر هل يصدر منه ما يعرف به كذبه ، فان لم يظهر منه شىء حلف المجنى عليه كما يحلف الأخرس ، هذا فى إبطال نطقه بكل الحروف ، وأما فى إبطال بعض الحروف فيعتبر قسطه من الدية ، هذا إذا بقى له كلام مفهوم ، وإلا فعليه كمال الدية كما جزم به صاحب الأنوار . والحروف التى توزع عليها الدية ثمانية وعشرون حرفا فى لغة العرب بحذف كلمة «لا» لأنها لام وألف وهما معدودتان ، ففى إبطال نصف الحروف نصف الدية ، وفى إبطال حرف منها ربع سبعها ، وخرج بلغة العرب غيرها فتوزع عليها ، وإن

كانت أكثر حروفا ، وقد انفردت لغة العرب بحرف الضاد فلا يوجد فى غيرها ، وفى اللغات حروف ليست فى لغة العرب كالحرف المتولد بين الجيم والشين ، وحروف اللغات مختلفة بعضها أحد وعشرون وبعضها أحد وثلاثون ، ولا فرق فى توزيع الدية على الحروف بين اللسانية وغيرها كالحروف الحلقية ، ولو عجز المجنى على لسانه عن بعض الحروف خلقة كأرتّ وألثغ أو بآفة سماوية فدية كاملة فى إبطال كلام كل منهما ، لأنه ناطق وله كلام مفهوم إلا أن فى نطقه ضعفاً ، وضعف منفعة العضو لا يقدح فى كمال الدية كضعف البطش والبصر ، فعلى هذا لو أبطل بالجناية بعض الحروف فالتوزيع على ما يحسنه لا على جميع الحروف .

(و) تكمل دية النفس فى (ذهاب البصر) من العينين ، لخبر معاذ بن جبل « فى البصر الدية » وهو غريب ، ولأن منفعة النظر أقوى ، وفى ذهاب بصر كل عين نصفها صغيرة كانت أو كبيرة حادة أو كالة صحيحة أو عليلة عمشاء أو حولاء من شيخ أو طفل حيث البصر سليم ، فلو فقأها لم يزد على نصف الدية كما لو قطع يده ، ولو ادعى المجنى عليه زوال الضوء وأنكر الجانى سئل عدلان من أهل الخبرة أو رجل وامرأتان إن كان خطأ أو شبه عمد فانهم إذا أوقفوا الشخص فى مقابلة عين الشمس ونظروا فى عينه عرفوا أن الضوء ذاهب أو موجود ، فان لم يوجد ما ذكر من أهل الخبرة امتحن المجنى عليه بتقريب عقرب أو حديدة محماة أو نحو ذلك من عينه بغتة ونظر هل ينزعج أو لا فان انزعج صدق الجانى بيمينه ، وإلا فالمجنى عليه بيمينه ، وإن نقص ضوء المجنى عليه فان عرف قدر النقص بأن كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه إلا من نصفها مثلا فقسطه من الدية ، وإلا فحكومة .

(و) تكمل دية النفس فى (ذهاب السمع) لخبر البيهقى « وفى السمع الدية »

وَذَهَابِ الشَّمِّ

ونقل ابن المنذر فيه الإجماع ، ولأنه من أشرف الحواس ، فكان كالبصر ، بل هو أشرف منه عند أكثر الفقهاء ، لأن به يدرك الفهم ، ويدرك من الجهات الست ، وفى النور والظلمة ، ولا يدرك بالبصر إلا من جهة المقابلة ، وبواسطة من ضياء أو شعاع وقال أكثر المتكلمين بتفضيل البصر عليه ، لأن السمع لا يدرك به إلا الأصوات ، والبصر يدرك به الأجسام والألوان والهيآت ، فلما كانت تعلقاته أكثر كان أشرف وهذا هو الظاهر .

تنبيه — لابد فى وجوب الدية من تحقق زواله ، فلو قال أهل الخبرة « يعود » وقدروا له مدة لا يستبعد أن يعيش إليها انتظر ، فان استبعد ذلك أو لم يقدروا له مدة أخذت الدية فى الحال ، وفى إزالته من أذن نصفها لا لتعدد السمع فانه واحد ، وإنما التعدد فى منفذه ، بخلاف ضوء البصر إذ تلك اللطيفة متعددة ، ومحلها الحدقة ، بل لأن ضبط نقصانه بالمنفذ أقرب منه بغيره ، وهذا ما نص عليه فى الأم ، ولو ادعى المجنى عليه زواله من أذنيه وكذبه الجانى وانزعج بالصياح فى نوم أو غفلة فكاذب ، لأن ذلك يدل على التصنع ، وإن لم ينزعج بالصياح ونحوه فصادق فى دعواه ، وحلف حينئذ ، لاحتمال تجلده ، وأخذ الدية ، وإن نقص سمعه فقسطه من الدية إن عرف ، وإلا فحكومة باجتهاد قاض .

(و) تكمل دية النفس فى (ذهاب الشم) من المنخرين ، كما جاء فى خبر عمرو بن حزم ، وهو غريب ، ولأنه من الحواس النافعة ، فكملت فيه الدية كالسمع ، وفى إزالة شم كل منخر نصف الدية ، ولو نقص الشم وجب بقسطه من الدية إن أمكن معرفته ، وإلا فحكومة .

تنبيه — لو أنكر الجانى زواله امتحن المجنى عليه فى غفلاته بالروائح الحادة ، فان هش للطيب وعبس لغيره حلف الجانى لظهور كذب المجنى عليه ، و إلا حلف هو لظهور صدقه ، لأنه لا يعرف إلا منه .

(و) تكمل دية النفس فى (ذهاب العقل) إن لم يُرْجَ عودُه بقول أهل الخبرة فى مدة يظن أنه يعيش إليها ، كما جاء فى خبر عمرو بن حزم ، وقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه العلم على ذلك لأنه أشرف المعانى ، و به يتميز الإنسان عن البهيمة ، قال الماوردى وغيره : والمراد العقل الغريزى الذى به التكليف ، دون المكتسب الذى به حسن التصرف ، ففيه حكومة ، فان رجى عوده فى المدة المذكورة انتظر ، فان عاد فلا ضمان.

تنبيه – اقتصار المصنف على الدية يقتضى عدم وجوب القصاص فيه ، وهو المذهب ، للاختلاف فى محله ، فقيل : القلب ، وقيل : الدماغ ، وقيل : مشترك بينهما ، والأكثرون على الأول ، وقيل : مسكنه الدماغ ، وتدبيره فى القلب ، وسمى عقلا : لأنه يعقل صاحبه عن التوريط فى المهالك ، ولا يزاد شيء على دية العقل إن زال بما لا أرش له ، فان زال بجرح له أرش مقدر كالموضحة أو حكومة وجبت الدية والأرش ، أو هى والحكومة ، ولا يندرج ذلك فى دية العقل ، لأنها جناية أبطلت منفعة غير حالة فى محل الجناية ، فكانت كما لو انفردت الجناية عن زوال العقل ، ولو ادعى ولى المجنى عليه زوال العقل وأنكر الجانى فان لم ينتظم قول المجني عليه وفعله فى خلواته فله دية بلا يمين ، لأن يمينه تثبت جنونه ، والمجنون لا يحلف ، وهذا فى الجنون المطبق ، أما المتقطع فانه يحلف فى زمن إفاقته ، فان انتظم قوله وفعله حلف الجانى لاحتمال صدور المنتظم اتفاقا ، أو جريا على العادة ، وخرج بالغريزى العقل المكتسب الذى به حسن التصرف ، فتجب فيه حكومة فقط ، كما قاله الماوردى .

وَالذَّكَرِ ، وَالْأُنْثَيَيْنِ ، وَفِى الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ

(و) تكمل دية النفس فى (الذكر) السليم ، لخبر عمرو بن حزم بذلك ، ولو كان لصغير وشيخ وعنين وخصى ، لإطلاق الخبر المذكور ، ولأن ذكر الخصى سليم وهو قادر على الإيلاج ، وإنما الفائت الإيلاد ، والعنة عيب فى غير الذكر ، لأن الشهوة فى القلب والمنى فى الصلب ، وليس الذكر بمحل لواحد منهما ، فكان سليما من العيب ، بخلاف الأشل ، وحكم الحشفة حكم الذكر ، لأن ماعداها من الذكر كالتابع لها كالكف مع الأصابع ، لأن أحكام الوطء تدور عليها ، وبعضها بقسطه منها ، لأن الدية تكمل بقطعها كما مر ، فقسطت على أبعاضها .

(و) تكمل دية النفس فى (الأنثيين) لحديث عمرو بن حزم بذلك ، ولأنهما من تمام الخلقة ومحل التناسل ، وفى إحداهما نصفها ، سواء اليمنى واليسرى ، ولو من عنين ومجبوب وطفل وغيرهم .

تنبيه ـ المراد بالأنثيين ، البيضتان كما صرح بهما فى بعض طرق حديث عمرو بن حزم ، وأما الخصيتان فالجلدتان اللتان فيهما البيضتان .

(و) يجب (فى الموضحة) أى موضحة الرأس ولو للعظم الناتىء خلف الأذن أو الوجه وإن صغرت ولو لما تحت المقبل من اللحيين نصف عشر دية صاحبها ، ففيها لحر مسلم غير جنين (خمس من الإبل) لما روى الترمذى وحسنه « فى الموضحة خمس من الإبل » فتراعى هذه النسبة فى حق غيره من المرأة والكتابى وغيرهما ، وخرج بقيد الرأس والوجه ماعداهما كالساق والعضد ، فان فيهما الحكومة ، وبقيد الحر الرقيق ففيه نصف عشر قيمته ، وبقيد المسلم الكتابى ففى موضحته بعير وثلثان ، والمجوسى ونحوه ففى موضحته ثلث بعير ، ولا يختلف أرش الموضحة بكبرها ولا بصغرها لاتباع الاسم كالأطراف ، ولا لكونها بارزة أو مستورة بالشعر ، ويجب فى هاشمة مع إيضاح عشرة أبعرة ،

وَفِى السِّن خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ

وهى عشردية الكامل بالحرية ، لما روى عن زيد بن ثابت أنه صلى الله عليه وسلم « أوجب فى الهاشمة عشرا من الإبل » ويجب فى هشمة دون إيضاح خمسة أبعرة ، ويجب فى منقلة مع إيضاح وهشم خمسة عشر بعيرا كما رواه النسائى عن النبي صلى الله عليه وسلم .

(و) يجب (فى) قلع (السن) الأصلية التامة المثغورة غير المقلقلة صغيرة كانت أو كبيرة بيضاء أو سوداء نصف عشر دية صاحبها ، ففيها لذكر حر مسلم (خمس من الإبل) لحديث عمرو بن حزم بذلك ، فقوله « خمس من الإبل » راجع لكل من المسألتين كما تقرر ، ولا فرق بين الثنية والناب والضرس ، و إن انفرد كل منها باسم كالسبابة والوسطى والخنصر فى الأصابع ، وفيها لأنثى حرة مسلمة بعيران ونصف ، ولذمى بعير وثلثان ، ولمجوسى ثلث بعير ، ولرقيق نصف عشر قيمته .

تنبيه — يستثنى من إطلاقه صورتان : الأولى : لو انتهى صغر السن إلى أن لا تصلح المضغ فليس فيها إلا الحكومة ، الثانية : أن الغالب طول الثنايا على الرباعيات ، فلو كانت مثلها أو أقصر فقضية كلام الروضة وأصلها أن الأصح أنه لا يجب الخمس ، بل ينقص منها بحسب نقصانها ، ولا فرق فى وجوب دية السن بين أن يقلعها من السنخ وهو — بكسر المهملة وسكون النون و إعجام الخاء — أصلها المستور باللحم ، أو يكسر الظاهر منها دونه ، لأن السنخ تابع ، فأشبه الكف مع الأصابع ، ولو أذهب منفعة السن وهى باقية على حالها وجبت ديتها ، وخرج بقيد الأصلية الزائدة وهى الشاغية الخارجة عن سمت الأسنان الأصلية لمخالفة نباتها لها ففيها حكومة كالأصبع الزائدة ، و بقيد التامة مالو كسر بعض الظاهر منها ففيه قسطه من الأرش ، و ينسب المكسور إلى ما بقى من الظاهر دون السنخ على المذهب ، و بقيد المثغورة مالو قلع سن صغير أو كبير لم يثغر

وَفى كُلِّ عُضْوٍ لا مَنْفَعَةَ فيهِ حُكُومَةٌ

نظر : إن بان فساد المنبت فكا لمثغورة ، و إن لم يتبين الحال حتى مات ففيها الحكومة ، و بقيد غير المقلقلة المقلقلة فان بطلت منفعتها ففيها حكومة ، وحركة السن لكبر أومرض إن قلت بحيث لاتؤدى القلقلة إلى نقص منفعتها من مضغ وغيره فكصحيحة فى حكمها لبقاء الجمال والمنفعة

(و) يجب (فى كل عضو لا منفعة فيه) كاليد الشلاء والذكر الأشل ونحو ذلك كالأصبع الأشل (حكومة) وكذا فى كسر العظام ، لأن الشرع لم يَنُصَّ عليه ، ولم يبينه ، فوجب فيه حكومة ، وكذا يجب فى تعويج الرقبة والوجه وتسويده ، وفى حلمتى الرجل والخنثى ، وأما حلمتا المرأة ففيها ديتها ، لأن منفعة الإرضاع وجمال الثدى بهما كمنفعة اليدين وجمالها بالأصابع ، وفى إحداهما نصفها ، والحلمة كما فى المحرر : المجتمع الناتىء على رأس الثدى

تنبيه — لو ضرب ثدى امرأة فشل - بفتح الشين - وجبت ديته ، و إن استرسل فحكومة ، لأن الفائت مجرد جمال ، و إن ضرب ثدى خنثى فاسترسل لم تجب فيه حكومة حتى يتبين كونه امرأة لاحتمال كونه رجلا فلا يلحقه نقص بالاسترسال ، ولا يفوته جمال فاذا تبين أنه امرأة وجبت الحكومة ، وهى جزء من الدية نسبته إلى دية النفس نسبة نقص الجناية من قيمة المجنى عليه لو كان رقيقاً بصفاته التى هو عليها ، مثاله جرح يده فيقال : كم قيمة المجنى عليه بصفاته التى هو عليها بغير جناية إن كان رقيقاً ؟ فاذا قيل : مائة ، فيقال : كم قيمته بعد الجناية ، فاذا قيل : تسعون ، فالتفاوت العشر ، فيجب عشر دية النفس ، وهى عشر من الإبل ، إذا كان المجنى عليه حراً ذكراً مسلماً ، لأن الجملة مضمونة بالدية ، فيضمن الأجزاء بجزء منها كما فى نظيره من عيب المبيع

تنبيه — تقدم أن المصنف أخلَّ بترتيب صور الأقسام الثلاثة ، فانه قبل فراغه من

الأول ، أعنى إبانة الأطراف ، ذكر الثانى ، أعنى المنافع ، ثم عاد إلى الأول ، ثم ذكر الثالث ، أعنى الجراحات ، ثم ختم بالسن الذى هو من جملة صور الأول ، وكان حق الترتيب الوضعى ذكر الأول على نسق ، إلا أن الأمر فيه سهل . ثم إنه اقتصر فى الأول على إيراد إحدى عشرة صورة ، وأهمل من صوره ستة ، وفى الثانى على خمسة ، وأهمل من صوره تسعة ، كما أوضحته كله فى شرح المنهاج وغيره .

(ودية العبد) أى الجناية على نفس الرقيق المعصوم ذكراً كان أو أنثى ولو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد (قيمته) بالغة مابلغت ، سواء كانت الجنايه عمداً أم خطأ ، وإن زادت على دية الحر كسائر الأموال المُتْلَفَة ، ولو عبر بالقيمة بدل الدية لكان أولى ، فيقول : وفى العبد قيمته ، لما سبق فى تعريف الدية أول الفصل ، ولا يدخل فى قيمته التغليظ ، أما المرتد فلا ضمان فى إتلافه .

قال فى البيان : وليس لنا شىء يصح بيعه ولا يجب فى إتلافه شىء سواه

ويجب فى إتلاف غير نفس الرقيق من أطرافه ولطائفه ما نقص من قيمته سليما إن لم يتقدر ذلك الغير من الحر ولم يتبع مقدراً ، ولا يبلغ بالحكومة قيمة جملة الرقيق المجنى عليه أو قيمة عضوه ، على ما سبق فى الحر ، وإن قدرت فى الحر كموضحة وقطع عضو فيجب مثل نسبته من الدية من قيمته ، لأنا نشبه الحر بالرقيق فى الحكومة ليعرف قدر التفاوت ليرجع به ، فنى المشبه به أولى ، ولأنه أشبه بالحر فى أكثر الأحكام ، بدليل التكاليف فألحقناه به فى التقدير ، فنى قطع يده نصف قيمته ، وفى يديه قيمته ، وفى الأصبع عشرها وفى موضحته نصف عشرها ، وعلى هذا القياس ، ولو قطع ذكره وأنثياه ونحوهما ، مما يجب للحر فيه ديتان ، وجب بقطعهما قيمتان ، كما يجب فيهما للحر ديتان ، ومَنْ نصفه حر ، قال الماوردى : يجب فى طرفه نصف ما فى طرف الحر ونصف ما فى طرف العبد ،

وَدِيَةُ الْجَنِينِ الْحُرِّ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ

ففى يده ربع الدية ، وربع القيمة ، وفى أصبعه نصف عشر الدية ، ونصف عشر القيمة ، وعلى هذا القياس فيما زاد من الجراحة أو نقص .

(و) فى (دية الجنين الحر) المسلم (غُرَّة) لخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم « قضى فى الجنين بغرة » (عبد أمه) بترك تنوين غرة على الإضافة البيانية ، وتنوينها على أن ما بعدها بدل منها ، وأصل الغرة البياض فى وجه الفرس ، ولهذا شرط عمرو بن العلاء أن يكون العبد أبيض والأمة بيضاء ، وحكاه الفاكهانى فى شرح الرسالة عن ابن عبد البر أيضاً ، ولم يشترط الأكثرون ذلك ، وقالوا : النسمة من الرقيق غرة لأنها غرة ما يملك ; أى أفضله ، وغرة كل شىء : خياره ، وإنما تجب الغرة فى الجنين إذا انفصل ميتا بجناية على أمه الحية مؤثرة فيه ، سواء أكانت الجناية بالقول كالتهديد والتخويف المفضى إلى سقوط الجنين أم بالفعل كأن يضربها أو يوجرها دواء أو غيره فتلقى جنيناً أم بالترك كأن يمنعها الطعام أو الشراب حتى تلقى الجنين ، وكانت الأجنة تسقط بذلك ، ولو دعتها ضرورة إلى شرب دواء فينبغى كما قال الزركشى أنها لا تضمن بسببه ، وليس من الضرورة الصوم ولو فى رمضان إذا خشيت منه الإجهاض ، فاذا فعلته وأجهضت ضمنته كما قاله الماوردى ، ولا ترث منه لأنها قاتلة ، وسواء أكان الجنين ذكراً أم غيره ، لإطلاق الخبر ، لأن ديتهما لو اختلفت لكثر الاختلاف فى كونه ذكراً أو غيره ، فسوى الشارع بينهما ، وسواء أكان الجنين تام الأعضاء أم ناقصها ثابت النسب أم لا ، لكن لا بد أن يكون معصوما مضمونا على الجانى بالغرة عند الجناية ، وإن لم تكن أمه معصومة أو مضمونة عندها ، ولا أثر لنحو لطمة خفيفة كما لا تؤثر فى الدية ، ولا لضربة قوية أقامت بعدها بلا ألم ثم ألقت جنيناً ، نقله فى البحر عن النص ، وسواء انفصل فى حياتها بجناية ، أو انفصل بعد موتها بجناية فى حياتها ، ولو ظهر بعض الجنين بلا انفصال من أمه كخروج رأسه ميتاً وجبت فيه الغرة لتحقق وجوده ، فان لم

. . . .

يكن معصوما عند الجناية* كجنين حربية من حربى إن أسلم أحدهما بعد الجناية ، أو لم يكن مضمونا كأن يكون الجانى مالكا للجنين ولأمه بأن جنى السيد على أمته الحامل وجنينها من غيره وهو ملك له فعتقت ثم ألقت الجنين ، أو كانت أمه ميتة ، أولم ينفصل ولا ظهر بالجناية على أمه شين ، فلا شىء فيه ، لعدم احترامه فى الصورة الأولى ، وعدم ضمان الجانى فى الثانية ، وظهور موته بموتها فى الثالثة ، ولعدم تحقق وجوده فى الأخيرتين ، ولو انفصل حيا و بقى بعد انفصاله زمنا بلا ألم فيه ثم مات فلا ضمان على الجانى ، وإن مات حين خرج بعد انفصاله أو دام ألمه ومات منه فدية نفس كاملة على الجانى .

تنبيه — لو ألقت امرأة بجناية عليها جنينين ميتين وجبت غرتان ، أوثلاثا فثلاث وهكذا ، ولو ألقت يدا أو رجلا وماتت وجبت غرة ، لأن العلم قد حصل بوجود الجنين أما لو عاشت الأم ولم تلق جنينا فلا يجب إلا نصف غرة ، كما أن يد الحى لا يجب فيها إلا نصف دية ، ولا يضمن باقيه ، لأنا لم نتحقق تلفه ، ولو ألقت لحما قال أهل الخبرة « فيه صورة آدمى خفية » وجبت فيه الغرة ، بخلاف مالو قالوا « لو بقى لتصور » أى تخلق ، فلا شىء فيه ، وإن انقضت به العدة كما مر فى العدد .

والخيرة فى الغرة إلى الغارم ، و يجبر المستحق على قبولها من أى نوع كانت ، بشرط أن يكون العبد والأمة مميزا ، فلا يلزمه قبول غيره ، سليما من عيب مبيع ، لأن المعيب ليس من الخيار ، والأصح قبول رقيق كبير لم يعجز بهرم ، لأنه من الخيار ، مالم تنقص منافعه .

و يشترط بلوغها فى القيمة نصف عشر الدية من الأب المسلم وهو عشر دية الأم المسلمة ، ففى الحر المسلم رقيق قيمته خمسة أبعرة كما روى عن عمر وعلى وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم ، فان فقدت الغرة حسا بأن لم توجد أو شرعا بأن وجدت بأكثر

وَدِيَةُ الْجَنِينِ الرَّقِيقِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ .

من ثمن مثلها فخمسة أبعرة بدلها ، لأنها مقدرة بها ، وهى لورثة الجنين على فرائض الله تعالى ، وهى واجبة على عاقلة الجانى ، والجنين اليهودى أو النصرانى بالتبع لأبويه تجب فيه غرة كثلث غرة مسلم كما فى ديته ، وهى بعير وثلثا بعير ، وفى الجنين المجوسى ثلث خمس غرة مسلم كما فى ديته ، وهى ثلث بعير ، وأما الجنين الحربى والجنين المرتد تبعاً لأبويهما فهدران .

ثم شرع فى حكم الجنين الرقيق فقال : (ودية الجنين الرقيق) ذكراً كان أو غيره فيه (عشر قيمة أمه) قنة كانت أو مدبرة أو مكاتبة أو مستولدة ، قياساً على الجنين الحر ، فان الغرة فى الجنين معتبرة بعشر ما تضمن به الأم ، وإنما لم يعتبروا قيمته فى نفسه لعدم ثبوت استقلاله بانفصاله ميتاً .

تنبيه — يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأمة هى الجانية على نفسها ، فانه لا يجب فى جنينها المملوك للسيد شيء ، إذ لا يجب للسيد على رقيقه شيء

وخرج بالرقيق المبعض فالذى ينبغى أن توزع الغرة فيه على الرق والحرية خلافاً للمحاملى فى قوله : إنه كالحر ، وتعتبر قيمة الأم كما فى أصل الروضة بأكثر ما كانت من حين الجناية إلى الإجهاض خلافاً لما جرى عليه فى المنهاج من أنها يوم الجناية ، هذا إذا انفصل ميتاً كما علم من التعليل السابق ، فان انفصل حيا ومات من أثر الجناية فان فيه قيمته يوم الانفصال ، وإن نقصت عن عشر قيمة أمه كما نقله فى البحر عن النص

وسكت المصنف عن المستحق لذلك ، والذى فى الروضة أن بدل الجنين المملوك لسيده ، وهو أحسن من قول المنهاج «لسيدها» أى أم الجنين ، لأن الجنين قد يكون لشخص وصى له به وتكون الأم لآخر فالبدل لسيده لا لسيدها ، وقد يعتذر عن المنهاج بأنه جرى على الغالب من أن الحمل المملوك لسيد الأم .

(فَصلٌ) وَإِذَا اُقْتَرَنَ بِدَعْوَى اُلدَّمِ لَوْثٌ يَقَعُ بِهِ فِى النَّفْسِ صِدْقُ المُدَّعِى حَلَفَ المُدَّعِى خَمْسِينَ يَمِينًا

تتمة — لو كانت الأم مقطوعة الأطراف والجنين سليمها قومت بتقديرها سليمة فى الأصح لسلامته ، كما لو كانت كافرة والجنين مسلم ، فانه يقدر فيها الإسلام وتقوم مسلمة ، وكذا لو كانت حرة والجنين رقيق ، فانها تقدر رقيقة ، وصورته أن تكون الأم لشخص والجنين لآخر بوصية ، فيعتقها مالكها ، ويحمل العشر المذكور عاقلة الجانى على الأظهر .

﴿ فصل ﴾ فى القَسَامة

وهى — بفتح القاف — اسم للأيمان التى تقسم على أولياء الدم ، مأخوذة من القَسَم ، وهو اليمين ، وقيل : اسم للأولياء ، وترجم الشافعى رضى الله تعالى عنه والأكثرون « بباب دعوى الدم ، والقسامة والشهادة على الدم » .

واقتصر المصنف على إيراد واحد منها ـ وهو القسامة ـ طلباً للاختصار وأدرج فيه الكلام على الكفارة فقال (وإذا اقترن بدعوى القتل) عند حاكم (لوث) وهو ـ باسكان الواو وبالمثلثة ـ مشتق من التلويث ، وهو التلطيخ (يقع به) أى اللوث (فى النفس صدق المدعى) بأن يغلب على الظن صدقه بقرينة ، كأن وجد قتيل أو بعضه كرأسه ، إذا تحقق موته ، فى محلة منفصلة عن بلد كبير ، ولا يعرف قاتله ، ولا بينة بقتله ، أو فى قرية صغيرة لأعدائه ، سواء فى ذلك العداوة الدينية أو الدنيوية ، إذا كانت تبعث على الانتقام بالقتل ، أو وجد قتيل وتفرق عنه جمع ، كأن ازدحموا على بئر أو باب الكعبة ثم تفرقوا عن قتيل (حلف المدعى) بكسر العين على قتل ادعاه لنفس ولو ناقصة كامرأة أو ذمى (خمسين يميناً) لثبوت ذلك فى الصحيحين ، ولا يشترط

. . . .

موالاتها ، فلو حلفه القاضى خمسين يميناً فى خمسين يوما صح ، لأن الأيمان من جنس الحُجَج ، والحجج يجوز تفريقها ، كما إذا شهد الشهود متفرقين ، ولو تخلل الأيمان جنون أو إغماء بَنَى إذا أفاق على ما مضى ، ولو مات الولى المقسم فى أثناء الأيمان لم يَبْنِ وارثه ، بل يستأنف ، لأن الأيمان كالحجة الواحدة ، ولا يجوز أن يستحق أحد شيئاً بيمين غيره ، وليس كما لو أقام شطر البينة ثم مات ، حيث يضم وارثه إليه الشطر الثانى ، ولا يستأنف ، لأن شهادة كل شاهد مستقلة ، أما إذا تمت أيمانه قبل موته فلا يستأنف وارثه ، بل يحكم له ، كما لو أقام بينة ثم مات ، وأما وارث المدعى عليه فيبنى على أيمانه إذا تخلل موته الأيمان ، وكذا يبنى المدعى عليه لو عزل القاضى أومات فى خلالها وولى غيره، والفرق بين المدعى والمدعى عليه أن يمين المدعى عليه للنفى فتنفذ بنفسها و يمين المدعى للاثبات فتتوقف على حكم القاضى ، والقاضى الثانى لا يحكم بحجة أقيمت عند الأول ، ولو كان للقتيل ورثة خاصة اثنان فأ كثر وزعت الأيمان الخمسون عليهم بحسب الإرث ، لأن ما يثبت بأيمانهم يقسم بينهم على فرائض الله تعالى ، فوجب أن تكون الأيمان كذلك ، وخرج بقولنا خاصة ما لو كان هناك وارث غير حائز وشريكه بيت المال ، فان الأيمان لا توزع ، بل يحلف الخاص خمسين يمينا ، كما لو نكل بعض الورثة أو غاب ، يحلف الحاضر خمسين يميناً ، وهل تقسم الأيمان بينهم على أصل الفريضة أو على الفريضة وعَوْلها ؟ وجهان ، أصحهما كما فى الحاوى ، الثانى أنها تقسم على الفريضة بعوْلها ، ففى زوج وأم وأختين لأب وأختين لأم أصلها ستة وتعول إلى عشرة ، فيحلف الزوج خمسة عشر ، وكل أخت لأب عشرة ، وكل أخت لأم خمسة ، والأم خمسة ، ويجبر المنكسر إن لم تنقسم صحيحة ، لأن اليمين لا تتبعض ، ولا يجوز إسقاطه ، لئلا ينقص نصاب القسامة ، فلو كان ثلاثة بنين حلف كل منهم سبعة عشر ، أو تسعة وأربعين حلف كل

يمينين ، ولو نكل أحد الوارثين حلف الوارث الآخر خمسين ، وأخذ حصته ، لأن الدية لا تستحق بأقل منها ، ولو غاب أحدهما حلف الآخر خمسين وأخذ حصته لما مر .

تنبيه - يمين المدعى عليه قتل بلا لوث ، واليمين المردودة من المدعى عليه على المدعي إن لم يكن لوث ، أو كان ونكل المدعى عن القسامة فردت على المدعى عليه فنكل فردت على المدعى مرة ثانية ، واليمين المردودة على المدعى عليه بسبب نكول المدعى مع لوث ، واليمين أيضاً مع شاهد - خمسون فى جميع هذه الصور ، لأنها فيما ذكر يمين دم ، حتى لو تعدد المدعى عليه حلف كل خمسين يميناً ، ولا توزع عليهم على الأظهر ، بخلاف تعدد المدعى ، والفرق أن كل واحد من المدعى عليهم ينفى عن نفسه القتل ، كما ينفيه من انفرد ، وكل من المدعين لا يثبت لنفسه ما يثبته الواحد لو انفرد ، بل يثبت بعض الإرث ، فيحلف بقدر الحصة .

(واستحق) الوارث بالقسامة فى قتل الخطأ أو شبه العمد (الدية) على العاقلة ، مخففة فى الأول ، مغلظة فى الثانى ، لقيام الحجة بذلك كما لو قامت به بينة ، وفى قتل العمد دية حالة على المقسم عليه ، ولا قصاص فى الجديد ، لخبر البخارى الحكم بالدية ولم يفصل صلى الله عليه وسلم ، ولو صلحت الأيمان للقصاص لذكره ، ولأن القسامة حجة ضعيفة فلا توجب القصاص احتياطا لأمر الدماء كالشاهد واليمين .

تنبيه - كل من استحق بدل الدم من سيد أو وارث سواء أكان مسلما أم كافراً عدلا أم فاسقاً محجوراً عليه بسفه أم غيره ، ولو كان مكاتباً لقتل عبده ، أقسم ، لأنه المستحق لبدله ، ولا يقسم سيده ، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة إذا قتل العبد الذى تحت يده ، فان السيد يقسم دون المأذون له ، لأنه لا حق له ، ولو عجز المكاتب بعد ما أقسم أخذ السيد القيمة ، كما لو مات الولى بعد ما أقسم ، أو قبله وقبل نكوله حلف السيد ، أو بعد

وَإنْ لَمْ يَكُن هُنَاكَ لَوْثٌ فَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

نكوله فلا ، لبطلان الحق بالنكول كما حكاه الإمام عن الأصحاب .

(و إن لم يكن هناك) أى عند القتل (لوث) بأن تعذر إثباته ، أو ظهر فى أصل القتل بدون كونه عمداً أو خطأ ، أو أنكر المدعى عليه اللوث فى حقه ، أو شهد عدل أو عدلان أن زيدا قتل أحد هذين القتيلين ، أو كذب بعض الورثة ، فهذه خمس صور يسقط فيها اللوث كما قاله فى الروضة (فاليمين على المدعى عليه) لسقوط اللوث فى حقه ، والأصل براءة ذمته .

تنبيه ـ قضية تعبيره باليمين أنه لا يغلظ فى حقه بالعدد المذكور ، وهو أحد القولين ، وأظهرهما كما فى الروضة أنه يغلظ عليه بالعدد المذكور كما مرت الإشارة إليه ، لأنها يمين دم ، فكان الأولى أن يقول : فالأيمان إلى آخره .

تتمة ـ من ارتد بعد استحقاقه بدل الدم بأن يموت المجروح ثم يرتد وليه قبل أن يقسم فالأولى تأخير إقسامه ليسلم لأنه لا يتورع فى حال ردته عن الأيمان الكاذبة ، فاذا عاد إلى الإسلام أقسم ، أما إذا ارتد قبل موته ثم مات المجروح وهو مرتد فلا يقسم ، لأنه لا يرث ، بخلاف ما إذا قتل العبد وارتد سيده فانه لا فرق بين أن يرتد قبل موت العبد أو بعده ، لأن استحقاقه بالملك لا بالإرث ، فان أقسم الوارث فى الردة صح إقسامه ، واستحق الدية ، لأنه عليه الصلاة والسلام « اعتد بأيمان اليهود » فدل على أن يمين الكافر صحيحة ، والقسامة نوع اكتساب للمال ، فلا تمنع منه الردة كالاحتطاب ، ومن لا وارث له خاص لا قسامة فيه و إن كان هناك لوث ، لعدم المستحق المعين ، لأن ديته لعامة المسلمين ، وتحليفهم غير ممكن ، لكن ينصب القاضى من يدعى على من نسب القتل إليه ، و يحلفه ، فان نكل فهل يقضى عليه بالنكول أولا ؟ وجهان ، جزم فى الأنوار بالأول ، ومقتضى ما صححه الشيخان فيمن مات بلا وارث فادعى القاضى أو منصوبه

وَعَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ المُحَرَّمَةِ كَفَّارَةٌ

ديناً له على آخر فأنكر ونكل أنه لا يقضى له بالنكول ، بل يحبس ليحلف أو يقر ، ترجيح[1] الثانى ، وهو أوجه .

ثم شرع فى كفارة القتل التى هى من موجباته فقال : (وعلى قاتل النفس المحرمة) سواء أكان القتل عمداً أم شبه عمد أم خطأ (كفارة) لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » وقوله تعالى « فان كان من قوم » أى فى قوم « عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » وخبر واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : « أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار » رواه أبو داود ، وصححه الحاكم وغيره ، وخرج بالقتل الأطراف والجروح فلا كفارة فيهما لعدم وروده ، ولا يشترط فى وجوب الكفارة تكليف ، بل تجب وإن كان القاتل صبيا أو مجنونا لأن الكفارة من باب الضمان ، فتجب فى مالهما ، فيعتق الولى عنهما من مالهما ، ولا يصوم عنهما بحال ، فان صام الصبي المميز أجزأه ، ولا يشترط فى وجوبها أيضا الحرية ، بل تجب وإن كان القاتل عبداً كما يتعلق بقتله القصاص والضمان ، لكن يكفر بالصوم لعدم ملكه ، ولا يشترط فى وجوبها المباشرة ، بل تجب وإن كان القاتل متسببا كالمكره - بكسر الراء - وشاهد الزور وحافر بئر عدوانا .

تنبيه — دخل فى قول المصنف « النفس المحرمة » المسلم ولو كان بدار الحرب ، والذمى ، والمستأمن ، والجنين المضمون بالغرة ، وعبد الشخص نفسه ونفسه ، لأنه قتل نفس معصومة ، وخرج بذلك قتل المرأة والصبي الحربيين ، فلا كفارة فى قتلهما ، وإن كان حراما ، لأن المنع من قتلهما ليس لحرمتهما ، بل لمصلحة المسلمين ، لئلا يفوتهم الارتفاق بهما ، وقتل مباح الدم كقتل باغ وصائل لأنهما لا يضمنان ، فأشبها

(١) « ترجيح » هذا خبر قوله « ومقتضى - إلخ »

عِتْقُ رَقَبَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ

الحربى ، ومرتد وزان محصن بالنسبة لغير المساوى والحربى ، ولو قتله مثله ، ومقتص منه بقتل المستحق له لأنه مباح الدم بالنسبة إليه ، وعلى كل من الشركاء فى القتل كفارة فى الأصح المنصوص ، لأنه حق يتعلق بالقتل ، فلا يتبعض كالقصاص .

والكفارة (عتق رقبة مؤمنة) بالإجماع المستند إلى قوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » (سليمة من العيوب المضرة بالعمل) إضرارا بينا ، كاملة الرق ، خالية عن عوض كما تقدم بيان ذلك مبسوطا فى الظهار ، فهى ككفارة الظهار فى الترتيب ، فيعتق أولا (فان لم يجد) رقبة بشروطها ، أو وجدها وعجز عن ثمنها ، أو وجدها وهى تباع بأكثر من ثمن مثلها (صام شهرين متتابعين) على ما تقدم بيانه فى الظهار

تنبيه — قضية اقتصاره على ماذكره أنه لا إطعام هنا عند العجز عن الصوم ، وهو كذلك على الأظهر ، اقتصاراً على الوارد فيها ، إذ المتبع فى الكفارات النص لا القياس ، ولم يذكر الله تعالى فى كفارة القتل غير العتق والصيام .

فان قيل : لم لا حمل المطلق على المقيد فى الظهار كما فعلوا فى قيد الإيمان حيث اعتبروه ثم حملا على المقيد هنا ؟ .

أجيب بأن ذاك إلحاق فى وصف ، وهذا إلحاق فى أصل ، وأحد الأصلين لا يلحق بالآخر ، بدليل أن اليد المطلقة فى التيمم حملت على المقيدة بالمرافق فى الوضوء ، ولم يحمل إهمال الرأس والرجلين فى التيمم على ذكرهما فى الوضوء ، وعلى هذا لو مات قبل الصوم أطعم من تركته كفائت صوم رمضان .

خاتمة — لا كفارة على من أصاب غيره بالعين واعترف أنه قتله بها ، وإن كانت العين حقا ، لأن ذلك لا يفضى إلى القتل غالبا ، ولا يعد مهلكا ، ويندب للعائن أن يدعو بالبركة ، فيقول : اللهم بارك فيه ولا تضره ، وأن يقول : ما شاء الله لا قوة

. . . .

إلا بالله ، قيل : وينبغي للسلطان أن يمنع مَنْ عرف بذلك من مخالطة الناس ، ويأمره بلزوم بيته ، ويرزقه ما يكفيه إن كان فقيراً ؛ فان ضرره أشد من ضرر المجذوم الذى منعه عمر رضى الله تعالى عنه من مخالطة الناس ، وذكر القاضى حسين أن نبيا من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام استكثر قومه ذات يوم ، فأمات الله منهم مائة ألف فى ليلة واحدة ، فلما أصبح اشتكى ذلك إلى الله تعالى ، فقال الله تعالى : إنك استكثرتهم فعِنْتَهم(١) ، فهلا حَصَّنتهم حين استكثرتهم ، فقال : يا رب كيف أحصنهم ؟ فقال تعالى تقول : حصنتكم بالحى القيوم الذى لا يموت أبداً ، ودفعت عنكم السوء بألف لاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، قال القاضى : وهكذا السنة فى الرجل إذا رأى نفسه سليمة وأحواله معتدلة يقول فى نفسه ذلك ، وكان القاضى يحصن تلامذته بذلك إذا استكثرهم

وسكتوا عن القتل بالحال ، وأفتى بعض المتأخرين بأنه يقتل إذا قتل به ، لأن له فيه اختياراً كالساحر ، والصواب أنه لايقتل به ، ولا بالدعاء عليه ، كما نقل ذلك عن جماعة من السلف ، قال مهران بن ميمون : حدثنا غيلان بن جرير أن مطرف بن عبدالله ابن الشخير كان بينه وبين رجل كلام ، فكذب عليه ، فقال مطرف : اللهم إن كان كاذبا فأمته ، فخر ميتا ، فرفع ذلك إلى زياد ، فقال : قتلت الرجل ؟ قال : لا ، ولكنها دعوة وافقت أجلا .

---

(١) عنتهم : أصبتهم بالعين

قد تم ـ بعون الله تعالى ـ تحقيق الجزء الرابع من كتاب « الإقناع ، لحل ألفاظ أبى شجاع » للخطيب الشربينى ، وهو المشتمل على مقرر السنة الرابعة الثانوية من الجامع الأزهر والمعاهد الدينية ، ويليه ـ إن شاء الله تعالى ـ الجزء الخامس ، وأوله « كتاب الحدود » نسأل الله أن يعين على إكماله بمنه وكرمه وفضله .

فهرس

الجزء الرابع من كتاب الإقناع ، لحل ألفاظ أبى شجاع

تأليف « شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى القاهرى الخطيب الشافعى »

تمت الفهرس ، والحمد لله أولا وآخرا وصلاته وسلامه على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

